

RECHTSVERGLEICHENDE UNTERSUCHUNGEN
ZUR GESAMTEN STRAFRECHTSWISSENSCHAFT

Herausgegeben von
Dr. Edmund Mezger †, Dr. Adolf Schönke † und Dr. H.-H. Jescheck
ord. Professoren der Rechte

NEUE FOLGE

Heft 31

**Die Rechtsstellung des Strafgefangenen
nach französischem
und deutschem Verfassungsrecht**

(Liberté individuelle et régime pénitentiaire)

von

DR. KLAUS TIEDEMANN

Münster

1963

LUDWIG RÖHRSCHEID VERLAG · BONN

**DIE RECHTSSTELLUNG DES STRAFGEFANGENEN
NACH FRANZÖSISCHEM UND DEUTSCHEM VERFASSUNGSRECHT**

DE KLEIN TIEDEMANN

RECHTSVERGLEICHENDE UNTERSUCHUNGEN
ZUR GESAMTEN STRAFRECHTSWISSENSCHAFT

Herausgegeben von

Dr. Edmund Mezger †, Dr. Adolf Schönke † und Dr. H.-H. Jescheck
ord. Professoren der Rechte

NEUE FOLGE

Heft 31

**Die Rechtsstellung des Strafgefangenen
nach französischem
und deutschem Verfassungsrecht**

(Liberté individuelle et régime pénitentiaire)

von

DR. KLAUS TIEDEMANN

wiss. Assistent an der Universität Tübingen

1963

LUDWIG RÖHRSCHEID VERLAG · BONN

KLAUS TIEDEMANN

**Die Rechtsstellung des Strafgefangenen
nach französischem
und deutschem Verfassungsrecht**

(Liberté individuelle et régime pénitentiaire)

1963

LUDWIG RÖHRSCHEID VERLAG · BONN



Gedruckt mit Unterstützung
des Kultusministeriums des Landes Nordrhein-Westfalen
und der Gesellschaft für Rechtsvergleichung

D 6

Alle Rechte vorbehalten

Gesamtherstellung: Gebr. Medinger, Beuel

VORWORT

Die vorliegende Arbeit ist mit Erlaubnis des französischen Justizministeriums in den Bibliotheken und Instituten der Universität Paris entstanden.

Besonderen Dank schuldet der Verfasser für wertvolle Unterstützung beim Verständnis des französischen Rechts und für nützliche Anregungen Herrn Kassationsgerichtsrat Prof. Dr. Marc Ancel, Direktor des Rechtsvergleichenden Institutes der Universität Paris, sowie für aufschlußreiche Gespräche den Herren Professoren Dres. Louis Hugueney und Marcel Waline.

Für zahlreiche und lange Diskussionen dankt der Verfasser ferner den Herren Albert Gayraud, Direktor der Zentralstrafanstalt in Melun, und Georges Picca, Leiter des Studien- und Dokumentationsbureaus im französischen Justizministerium.

Bei der Beschaffung der zum Teil recht abgelegenen Literatur haben ihn die Damen Frau Yvonne Marx, Forschungsbeauftragte im Rechtsvergleichenden Institut, und Fräulein Monique Robichon, Assistentin am Institut, in freundlichster Weise unterstützt.

VORWORT

Die vorliegende Schrift ist ein Versuch, die Geschichte der deutschen Literatur von der Mitte des 18. Jahrhunderts bis zur Gegenwart zu skizzieren. Sie ist in drei Teile gegliedert: I. Die Aufklärung, II. Die Romantik, III. Die Moderne. Jeder Teil ist in Kapitel unterteilt, die die wichtigsten Autoren und Werke behandeln. Die Schrift ist für Studierende der Germanistik und für alle, die sich für die deutsche Literatur interessieren, geeignet.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

INHALTSVERZEICHNIS

Vorwort	5
Abkürzungsverzeichnis	13
Einführung	17
1. Die geschichtliche Entwicklung einer Rechtsstellung des Gefangenen	17
2. Die Problemstellung	18
3. Eingrenzung des Themas	19
4. Vorbehalte rechtsvergleichender Methodik	20
5. Gliederungsübersicht	20
 I. Abschnitt	
Die geschichtliche Entwicklung einer Rechtsstellung des Gefangenen	22
A. Die Entwicklung bis zum Ende des zweiten Weltkrieges	22
1. Die Freiheitsstrafe und ihre Folgen im Altertum	22
2. Die Freiheitsstrafe und ihre Folgen im alten französischen Recht	23
3. Der Übergang zur modernen Freiheitsstrafe	25
4. Der Einfluß der französischen Revolution auf das Straf- und Strafvollzugsrecht	26
5. Die weitere Entwicklung in Frankreich bis 1900	29
6. Die Vollzugsliteratur im 19. Jahrhundert (Frankreich)	30
7. Die Entwicklung der Rechtsstellung in Deutschland	31
8. Die Entwicklung der Rechtsstellung in Belgien	33
9. Die Entwicklung der Rechtsstellung in der Schweiz	35
10. Die Vollendung der Entwicklung im 20. Jahrhundert	36
a) Die Einbeziehung verfassungsrechtlicher Gesichtspunkte in Deutschland	36
b) Die weitere Entwicklung in Frankreich	39
c) Die Erarbeitung einer Rechtsstellung in Italien	41
B. Die allgemeine Entwicklung nach 1945	42
1. Das Reformwerk in Frankreich und Belgien	42
2. Das Reformwerk in Deutschland	49
3. Die internationalen Bemühungen um eine Rechtsstellung	50

II. Abschnitt

Das formelle Verhältnis von Verfassungsrecht und Strafvollzugsrecht	52
1. Das formelle Verhältnis in Deutschland	52
a) Die Gesetzgebungskompetenz für das Strafvollzugsrecht	52
b) Die Normsetzungsbefugnisse der Bundesländer	53
c) Der Rechtscharakter der Vollzugsvorschriften	54
d) Insbesondere der Rechtscharakter der Dienst- und Vollzugsordnung von 1961	57
e) Das Bedürfnis für die Bundesgesetzgebung	58
2. Das formelle Verhältnis in Frankreich	59
a) Die Aufteilung der Normsetzungsbefugnisse	59
b) Die normative Regelung des Strafvollzuges in der V. Republik	60
c) Die Hierarchie der Rechtsquellen	61
d) Der Rechtscharakter der Verwaltungsverordnungen	61

III. Abschnitt

Das materielle Verhältnis von Verfassungsrecht und Strafvollzugsrecht	63
A. <i>Der Normenbereich des Verfassungsrechts</i>	63
1. Die Grundrechte in Frankreich	63
a) Die Anerkennung einer unmittelbaren rechtlichen Geltungskraft der Grundrechte	63
b) Die Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit staatlicher Normen	68
2. Die übrigen grundlegenden Normen	69
a) Die UNO-Erklärung und ihre rechtliche Bedeutung	69
b) Die Rom-Konvention und ihre rechtliche Bedeutung	70
3. Der verfassungsrechtliche Normbereich in Deutschland	71
a) Die unmittelbare Geltungskraft der Grundrechte	71
b) Der innerstaatliche Rang der Rom-Konvention	72
4. Der verfassungsrechtliche Normbereich in Belgien und in der Schweiz	73
a) Die Rechtslage in Belgien	73
b) Die Rechtslage in der Schweiz	74
B. <i>Das materielle Verhältnis von Verfassungsrecht und Strafrecht im allgemeinen</i>	75
1. Gemeinsamkeiten in den westeuropäischen Staaten	75
2. Besondere Diskussionspunkte in diesen Staaten	76
3. Das materielle Verhältnis in Deutschland	77

a) Der Streitstand	77
b) Der Einfluß des Verfassungsrechts auf das materielle Strafrecht	78
c) Der Einfluß auf das Strafprozeßrecht	81
d) Der Einfluß auf das Strafvollzugsrecht im allgemeinen ...	83
4. Das materielle Verhältnis in Frankreich	85
a) Der Einfluß des Verfassungsrechts auf das materielle Strafrecht	85
b) Der Einfluß auf das Strafvollzugsrecht im allgemeinen ...	89
c) Der Einfluß auf das Strafprozeßrecht	89
5. Das materielle Verhältnis in den übrigen Staaten	90
a) Die Stellungnahme der Literatur in Spanien und Südamerika	90
b) Überblick über die Literatur in Italien und Belgien	90

IV. Abschnitt

Die generelle Einschränkung der Grundrechte im Strafvollzug	91
1. Die Lehre vom besonderen Gewaltverhältnis in Deutschland und in der Schweiz	91
a) Das besondere Gewaltverhältnis als persönliche Gewährleistungsschranke	93
b) Die Institutionalisierung des Strafvollzuges durch die Verfassung	95
c) Die Kritik an der Lehre vom besonderen Gewaltverhältnis ...	95
d) Weitere Rechtfertigungsversuche	96
e) Insbesondere der Erziehungsgedanke in verfassungsrechtlicher Sicht	98
f) Die Wesensgehaltsgarantie des Grundgesetzes	104
g) Das Zitiergebot des Grundgesetzes	105
2. Die Rechtfertigung der Grundrechtseinschränkung in Frankreich und Belgien	106
a) Die Schrankensystematik des französischen Verfassungsrechts	106
b) Die Stellungnahme der Literatur zur Grundrechtseinschränkung im Strafvollzug	107
c) Die Institution der besonderen Gewaltverhältnisse in Frankreich	108
aa) Die Rechtsstellung des Gefangenen nach verwaltungsrechtlichen Kriterien	108
bb) Die Lehre von der Zwangsgemeinschaft	109
cc) Insbesondere der Erziehungsgedanke	110

V. Abschnitt

Das materielle Verhältnis von Verfassungsrecht und Strafvollzug im einzelnen	113
1. Der Grundsatz von der Menschenwürde	113
a) Die Menschenwürde als Grundlage des modernen Strafvollzuges	113
b) Der Grundrechtscharakter der Menschenwürde	113
c) Der Inhalt des Gebotes auf Achtung der Würde	114
d) Die Anerkennung einer Rechtsstellung des Gefangenen als Folgerung aus diesem Inhalt	115
e) Weitere Einzelfolgerungen aus diesem Inhalt	116
2. Der Gleichheitsgrundsatz	121
a) Der allgemeine Gleichheitssatz	121
aa) Der Inhalt dieses Satzes	122
bb) Folgerungen aus diesem Inhalt	122
b) Die besonderen Gleichheitssätze	123
c) Insbesondere die Gleichheit der Geschlechter	124
3. Die Freiheitsrechte	125
aa) Die teilweise Umwandlung der Freiheitsrechte im Strafvollzug	125
bb) Die Einteilung der Grund- und Freiheitsrechte	126
cc) Die Möglichkeiten der Grundrechtseinschränkung	126
a) Das Recht des Gefangenen über seine physische Person	128
aa) Die Fortbewegungsfreiheit	128
bb) Das Recht auf Leben und Gesundheit	130
a1) Die verfassungsrechtliche Gewährleistung dieses Rechts	130
a2) Folgerungen für die Eingriffsbefugnisse	130
a3) Die Fürsorgepflicht der Vollzugsverwaltung	131
a4) Einzelfolgerungen aus dieser Fürsorgepflicht	137
a5) Weitere Einzelfolgerungen aus dieser Pflicht	137
a6) Die Verfügbarkeit über das Recht auf Leben und Gesundheit	138
a7) Insbesondere chirurgische und sonstige Heileingriffe	140
cc) Das Recht auf Wahrung der körperlichen Intimsphäre	141
b) Das Recht des Gefangenen über seine materielle Umwelt	142
aa) Die Unverletzlichkeit der Wohnung	142
bb) Das Eigentumsrecht	142
a1) Der Entzug des unmittelbaren Besitzes	142
a2) Die zivile Haftung der Vollzugsverwaltung	142
a3) Der Herausgabeanspruch des Gefangenen	143
c) Das Recht des Gefangenen auf Arbeit	143
a1) Der Arbeitszwang	144
a2) Das Recht auf Arbeit	144
a3) Insbesondere der Inhalt dieses Rechtes	145

a4) Das Gebot nützlicher Arbeit	147
a5) Das Recht auf Entlohnung	147
a6) Die Regelung der Arbeitsunfälle	149
d) Die intellektuellen und geistigen Freiheitsrechte des Gefangenen	151
aa) Das Schweigegebot	151
bb) Die Glaubens- und Gewissensfreiheit	153
a1) Der Inhalt dieses Rechtes	153
a2) Der Einfluß des Erziehungsvollzuges	153
a3) Insbesondere die Kultusfreiheit	153
a4) Insbesondere die Meinungsäußerungsfreiheit	155
cc) Die Unterrichtsfreiheit	157
a1) Der positive Inhalt dieses Freiheitsrechts	157
a2) Der negative Inhalt dieses Freiheitsrechts	158
e) Die Kollektivrechte des Gefangenen	159
aa) Die Versammlungsfreiheit	159
bb) Die Vereinsfreiheit	160
a1) Der öffentlichrechtliche Vereinsbegriff	160
a2) Die Vereinsfreiheit im Strafvollzug	160
cc) Die Koalitionsfreiheit	160
dd) Die Petitionsfreiheit	161
a1) Die Einzelpetition im Strafvollzug	161
a2) Die gemeinschaftliche Petition im Strafvollzug	161
f) Das Recht des Gefangenen auf Kontakt mit der Außenwelt ..	162
aa) Das Korrespondenzrecht	162
a1) Der Inhalt der Korrespondenz	163
a2) Die Zensur der Korrespondenz	164
a3) Die Beschränkung der Briefzahl	164
bb) Die Pressefreiheit	164
cc) Die Informationsfreiheit	165
dd) Das Recht auf die Familie	166
a1) Das elterliche Erziehungsrecht	166
a2) Das Recht auf Kontakt mit der Familie	167
a3) Das Sexualproblem im Strafvollzug	168
a4) Das Recht zum Eheschluß im Strafvollzug	168
g) Das Recht des Gefangenen auf freie Entfaltung der Persön- lichkeit	170
4. Die politischen Grundrechte	171
a) Das aktive Wahlrecht des Gefangenen	171
b) Das passive Wahlrecht des Gefangenen	174
c) Insbesondere die Teilnahme an Wahlen zu den Berufs- organisationen	174
5. Die zivilrechtliche Stellung	175
a) Die Vertragsfreiheit	175
b) Die Eigentumsrechte	176

c) Das Adoptionsrecht und andere familienrechtliche Befugnisse .	176
d) Die Rechtsschutz- und Verteidigungshandlungen	177
 VI. Abschnitt	
Das Prinzip der Gewaltenteilung und die Beteiligung des Richters am Strafvollzug	179
(Der Schutz der Grundrechte des Gefangenen)	179
1. Die Organisation des Strafvollzuges	179
2. Die Beteiligung des Richters	180
a) Der strafrechtliche Schutz des Gefangenen	180
b) Der zivilrechtliche Schutz des Gefangenen	181
c) Der direkte Schutz der Rechte des Gefangenen durch die unmittelbare Beteiligung des Richters	183
aa) Das klassische System	185
bb) Das gemischte System	185
cc) Die moderne Intervention des Richters	185
a1) Die Rechtslage in Italien	186
a2) Die Rechtslage in Brasilien und Portugal	186
a3) Die Rechtslage in Frankreich	187
d) Die Legalitätskontrolle in Belgien und Italien insbesondere ...	189
e) Die Rechtslage in Deutschland	190
aa) Das Antragsverfahren vor den Oberlandesgerichten	190
bb) Die Verfassungsbeschwerde	194
cc) Die Beschwerde nach der Rom-Konvention	194
 Zusammenfassung und Ausblick	196
1. Unterschiede der Vollzugsrechtsauffassungen	196
2. Teilweise Angleichung dieser Unterschiede	196
3. Die neue Lehre von der <i>défense-sociale</i>	198
4. Verfassungswidrigkeiten in der französischen und in der deutschen derzeitigen Regelung des Vollzuges	199
 Anhang: Empfehlung Nr. 195 des Ministerkomitees des Europarates vom 1. 2. 1962: Wahlrecht, bürgerliche und soziale Rechte des Gefangenen	201
 Literaturverzeichnis	204

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
Anderpen	Anuario de derecho penal y ciencias penales (Madrid)
Annals	The Annals of the American Academy of Political and Social Science (Philadelphia)
Annuaire	Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme (Yearbook of the european convention on human rights), 1958/59 (Den Haag)
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
BayVerfGH	Bayerischer Verfassungsgerichtshof
Bd.	Band
BDH	Bundesdiensthof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BlGefK	Blätter für Gefängniskunde
Boletim port	Boletim da Administração Penitenciária e dos institutos de criminologia (Portugiesisches Justizministerium)
Bulletin belge	Bulletin de l'administration pénitentiaire (Belgisches Justizministerium)
BV	Schweizerische Bundesverfassung
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGG	Gesetz über das Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
Cahiers	Cahiers du droit (Paris)
C. c.	Code civil
C. E.	Conseil d'Etat
Chr(on).	Aufsatzteil im Recueil Dalloz
C. p.	Code pénal (auch: Codice penale)
C. p. p.	Code de procédure pénale (auch: Codice di procedura penale)
D.	Recueil Dalloz (Paris)
Dec.	Commission européenne des droits de l'homme, Documents et Décisions, 1957/58 (Den Haag)
Dig.	Digesten
Diss.	Dissertation
DRiZ	Deutsche Richter-Zeitung
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DStrZ	Deutsche Strafrechtszeitung
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt

DVollzO	Dienst- und Vollzugsordnung
EGGVG	Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz
Et. Doc.	Etudes et Documents du Conseil d'Etat (Paris)
EtPénit	Etudes Pénitentiaires (Bulletin de la Direction de l'Administration Pénitentiaire) (Französisches Justizministerium)
F. A. Z.	Frankfurter Allgemeine Zeitung
GA	Goldammer's Archiv für Strafrecht
Gaz. (Pal.)	La Gazette du Palais (Paris)
GG	Grundgesetz
Giur. cost.	Giurisprudenza costituzionale (Mailand)
Grünhut's Z	Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart (Wien)
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
JBlSaarl	Justizblatt des Saarlandes
J. C. P.	Juris-Classeur Périodique (La Semaine Juridique) (Paris)
Jg.	Jahrgang
JGG	Jugendgerichtsgesetz
J. O.	Journal Officiel
JöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts
JR	Juristische Rundschau
J(ur).	Rechtsprechungsteil im Recueil Dalloz und Sirey
JuS	Juristische Schulung
JVBl	Justizverwaltungsblatt
JZ	Juristenzeitung
KG	Kammergericht
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
Mat.	Materialien zur Strafrechtsreform (Deutsches Bundesjustizministerium)
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MSchrKrim	Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform
Nds Rpfl	Niedersächsische Rechtspflege
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
Pris.	Prisons et Prisonniers (Paris)
RA	La Revue administrative (Paris)
RassStudPenit	Rassegna di studi penitenziari (Italienisches Justizministerium)
RdJ	Recht der Jugend
RDP	Revue du droit public et de la science politique en France et à l'Etranger (Paris)
Rec.	Recueil des décisions du Conseil d'Etat statuant au contentieux (Paris)
Rep. fr.	La République française (New York)
Revcrimmed	Revista de criminología psiquiatria y medicina legal (Buenos Aires)
Revderpol	Revista de derecho y ciencias políticas (Lima)
Revdrint	Revue de droit international (Paris)

Revdrpén(crim)	Revue de droit pénal et de criminologie (Brüssel)
Revgendrintpubl	Revue générale de droit international public (Paris)
Rev(int)crimpoltechn	Revue internationale de criminologie et de police technique (Genf)
Revintdéf soc	Revue internationale de défense sociale (Paris)
Revintdrcomp	Revue internationale de droit comparé (Paris)
Revintdrpén	Revue internationale de droit pénal (Paris)
Revintdrpubl	Revue international de droit public (Paris)
Revintfil	Revista internazionale di filosofia del diritto (Mailand)
Revintpolcrim	Revue internationale de politique criminelle (New York)
Revpen	Revista penal y penitenciaria (Buenos Aires)
Revpénit	Revue pénitentiaire et de droit pénal (Bulletin de la Société Générale des prisons) (Paris)
Revpentut	Revista penal y de tutela (Lima)
RGSt	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RGZ	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rivdirpenit	Rivista di diritto penitenziario (Rom)
Rivdirprocpén	Rivista di diritto processuale penale (Mailand)
Rivitdirpen	Rivista italiana di diritto penale (Mailand)
Rivitdirprocpén	Rivista italiana di diritto e procedura penale (Mailand)
ROW	Recht in Ost und West
RSC	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé (Paris)
S.	Recueil Sirey (Paris) (auch: Seite)
SchwBG	Schweizerisches Bundesgericht
SchwStGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch
SchwZStrafR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht (Revue pénale Suisse) (Bern)
Scpos	La Scuola Positiva (Mailand)
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozeßordnung
StrafvollzSchw	Der Strafvollzug in der Schweiz (Informations pénitentiaires Suisses)
StrS	Strafsenat
VerwArch	Verwaltungsarchiv
VerwRspr	Verwaltungsrechtsprechung
VGH	Verwaltungsgerichtshof
Vorbem.	Vorbemerkung
VVdStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung deutscher Staatsrechtslehrer
ZaöR	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZBR	Zeitschrift für Beamtenrecht
ZgesStW	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht (Basel)
ZStrafvollz	Zeitschrift für Strafvollzug
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

EINLEITUNG

Am Rande der menschlichen Gesellschaft, die sich Tag für Tag auf allen Gebieten immer weiter fortentwickelt, führt eine zahlenmäßig kleine Gruppe von Menschen ein Dasein, das in allen seinen geringfügigen äußeren Entwicklungen streng kontrolliert und reglementiert wird.

Dieses mehr statische Leben, das eines gewissen Automatismus und einer starken Monotonie nie ganz entraten kann, ist von der Gesellschaft als solches gewollt und jenen ihrer Mitglieder auferlegt, die in mehr oder weniger freier Selbstentscheidung die Grundregeln des menschlichen Zusammenlebens in der staatlichen Gemeinschaft verletzt haben.

Das Leben, das den Gefangenen in den Strafanstalten eines jeden Staates aufgezungen wird, bleibt gleichwohl von den großen Grundideen nicht unbeeinflusst, die das Leben der freien Menschen rechtlich und sittlich beherrschen. Dieses Phänomen einer zumindest indirekten geistigen Einwirkung der Außenwelt auf jene kleine Gruppe der Abgeschiedenen erscheint heute wie selbstverständlich; einer früheren Zeit jedoch, die noch nicht allzu lange zurückliegt, waren die von der Gesellschaft Gefangengesetzten juristisch tot, nämlich aller Rechte beraubt: rechtlich ausgestoßen aus der lebenden Gesellschaft – wenngleich sie in deren Gefängnissen faktisch weiterlebten oder eher noch vegetierten. Hervorragende Geister haben sich im Laufe der menschlichen Kulturgeschichte mit der strafweisen Intervention des Staates in das Leben seiner Bürger befaßt; die Frage nach den Rechtsverlusten, die der zu einer Freiheitsstrafe Verurteilte erleidet, hat dagegen weniger Beachtung gefunden, und noch heute ist in zahlreichen Ländern die Existenz der Todesstrafe ein beredtes Beispiel dafür, daß der Staat dem Einzelnen alle Rechte, selbst das Grundrecht auf das physische Dasein, nehmen kann oder jedenfalls tatsächlich nimmt.

1. Die Zuerkennung einer Rechtsstellung zugunsten der Gefangenen ging nur zögernd vor sich und ist heute noch nicht ganz abgeschlossen.

Doch hat es bereits in der Vergangenheit nicht an markanten Ereignissen in dieser Hinsicht gefehlt: So schaffte Frankreich im Jahre 1854 den zivilen Tod (*mort civile*) ab und legte damit die Grundlage für eine Entwicklung, die nach Beseitigung dieser *capitis deminutio maxima* langsam und vorsichtig rechtlich zu klären suchte, welche Rechtsstellung dem Gefangenen verbleiben kann oder zuerkannt werden muß. In Deutschland sind insofern seit 1910 die grundlegenden Arbeiten von Berthold Freudenthal nicht hinwegzudenken. Während aber in dem gallo-romanischen Rechtskreis das weiterentwickelte römisch-rechtliche System der „Inkapazitäten“ (*incapacità, incapaci-*

cités)¹ von Anfang an jedenfalls einen gewissen Anhaltspunkt für die Herausarbeitung einer Rechtsstellung der Gefangenen bot, mußte Freudenthal noch zu Anfang dieses Jahrhunderts für Deutschland von der herkömmlichen Auffassung ausgehen, daß die Gefangenen ohne Rechte der Willkür der Vollzugsverwaltung preisgegeben sind. Die mutigen Arbeiten Freudenthals blieben nicht ohne Einfluß: In Deutschland zögerte die Wissenschaft nicht, seine Ideen aufzunehmen und rasch fortzuentwickeln und auszubauen, und in der Schweiz wurden die neuzeitlich-rechtsstaatlichen Gedanken bald von Hafner und Zürcher aufgenommen. Dagegen blieb etwa besonders Belgien bis zum Ende des zweiten Weltkrieges einer im Theoretischen mehr konservativen Vollzugsrechtstradition verhaftet.

2. Heute ist im westlichen Europa allgemein anerkannt, daß der Gefangene als Mensch und Rechtssubjekt ein Glied der Gesellschaft bleibt, gegen deren Ordnung er verstoßen hat, und daß seine Rechtsstellung nicht nur durch die Hausordnung der Anstalt bestimmt wird, in der er seine Strafe verbüßt. Daß diese Einsicht auch heute noch keineswegs Allgemeingut der zivilisierten Welt geworden ist, zeigt das Beispiel jener 14 nordamerikanischen Bundesstaaten, in denen der civil death, wenn auch mit gewissen Modifikationen im einzelnen, weiterhin besteht².

Es liegt daher zumindest für Westeuropa nahe, die Rechtsstellung der Strafgefangenen insbesondere daraufhin zu untersuchen, ob und gegebenenfalls inwieweit ihre Position durch die staatliche Grundordnung bestimmt wird, die als geschriebene oder ungeschriebene Verfassung dem Zusammenleben der Einzelnen die rechtliche Basis gibt.

Damit ist weniger die schnell zu beantwortende Frage gemeint, ob die Verfassung eines Staates – wie etwa in Italien (Art. 13 und 27 Abs. 3 Verf. vom 22. Dezember 1947) und Belgien (Art. 12 f. Verf. vom 7. Februar 1831) – ausdrückliche Normen über die Rechtsstellung oder (und) die Behandlung der Gefangenen enthält. Es soll hier vielmehr das Problem angesprochen werden, inwieweit die formellen und materiellen Regeln der Verfassung auf die rechtliche Ordnung des Lebens in der Strafgefangenschaft anwendbar sind.

Die in jeder Auferlegung einer Freiheitsstrafe liegende Antinomie verstärkt sich noch im Vollzug dieser staatlichen Sanktion: Der Kriminelle bleibt als Mensch Rechtssubjekt, obwohl er als Rechtsbrecher überführt und verurteilt ist. Das Maß gerechter Strafe und, für den Betroffenen vielleicht praktisch wichtiger noch, die Art ihrer gerechten Durchführung müssen sich

¹ Die Übersetzung mit „Geschäftsunfähigkeit“ wäre ungenau, da sich die Inkapazität nicht auf das Zivilrecht beschränkt; es handelt sich auch nicht um eine „Rechtsunfähigkeit“, da die Inkapazität nicht alle Rechte abschneidet.

² Eine kritische Übersicht über die sehr uneinheitliche Regelung in den Staaten der USA gibt Tappan, *Annals* Heft 293 S. 99 ff. Zur Rechtsstellung des Gefangenen in der Sowjetunion vgl. das von der Hochschule des MVD (Innenministerium) der RSFSR herausgegebene Werk *Sovetskoe ispravitel'no – trudovoe pravo* (Das sowjetische Besserungsarbeitsrecht), bearbeitet von Utevskij, Ginsberg, Polymov u. a. Moskau 1960, insbesondere Kap. 7. (Das Strafgesetzbuch der RSFSR vom 1. 1. 1961 ist noch nicht berücksichtigt.)

daher in gewissen Grenzen halten, die durch die Achtung des Menschen und Rechtssubjektes im Rechtsbrecher einerseits und andererseits durch den Schutz der übrigen Mitglieder der staatlichen Gesellschaft als Menschen und Rechtssubjekte gezogen sind³.

3. Die vorliegende Arbeit versucht, die gestellte Frage rechtsvergleichend zu behandeln.

Dabei wird die Untersuchung im wesentlichen auf das französische und das deutsche Recht beschränkt. Diese Begrenzung des Themas rechtfertigt sich durch rein arbeitstechnische Argumente: Die Lösung des aufgezeigten Problems erfordert nicht nur eine eingehende Untersuchung des Straf- und Strafvollzugsrechtes, sondern auch des Verfassungs- und Verwaltungsrechtes der jeweiligen Staaten. Die Untersuchung wird um so schwieriger, je weniger die vom deutschen Recht her gestellte Frage in den betreffenden ausländischen Staaten bereits von der Rechtswissenschaft behandelt worden ist.

Zum Vergleich mit der deutschen Rechtslage ist die in Frankreich bestehende insbesondere deshalb herangezogen worden, weil gerade die französische Nation im Jahre 1789 auf dem europäischen Kontinent als erste jene hohen Verfassungsgrundsätze proklamiert hat, die im Laufe der folgenden Jahrzehnte und Jahrhunderte ganz oder teilweise von den Grundgesetzen der Staaten Europas übernommen wurden.

Da eingehende Untersuchungen unserer Frage für Frankreich völlig fehlen, waren wir um so mehr bemüht, die gesamte einschlägige französische Literatur auszuwerten, auch soweit sie hier angeführte Probleme nur mehr nebenbei erörtert. Die Abneigung der französischen Straf- und Verfassungsrechtler gegenüber einer abstrakt-theoretischen Behandlung juristischer Fragen sowie die erst im Jahre 1962 abgeklungenen faktischen Behinderungen der französischen Vollzugspraxis durch die Auswirkungen des Algerienkonfliktes⁴ haben gleichermaßen dazu beigetragen, die Diskussion um die Grundrechte der Strafgefangenen sehr gering zu halten. Mit Rücksicht hierauf hat uns die enge rechtskulturelle und sprachliche Verbindung Frankreichs mit anderen westeuropäischen Ländern dazu veranlaßt, auch die belgischen und schweizerischen Äußerungen in gewissen Grenzen heranzuziehen. Selbstverständlich wurden auch die einschlägigen deutschsprachigen schweizerischen Veröffentlichungen vollständig berücksichtigt. Dagegen wird auf die Rechtslage in Italien, Spanien und Südamerika nur ausnahmsweise eingegangen.

So ergibt sich im wesentlichen eine Vergleichung der derzeitigen Verhältnisse in Frankreich und Deutschland, jedoch eingebettet in den größeren Zusammenhang des mittel- und westeuropäischen Rechtskreises.

Materiell ist dabei zur weiteren Eingrenzung der weitgespannten Themafrage darauf hinzuweisen, daß nur die Rechtsstellung des erwachsenen Gefangenen behandelt wird, und auch diese im allgemeinen nur so weit, als die

³ Vgl. K. I. Despotopoulos, *Il sistema del diritto. Struttura e funzioni del diritto*. Revintfil Bd. 38 S. 164–178, 176.

⁴ Vgl. Tiedemann, *Le nouveau régime pénitentiaire*, *Combat* Nr. 5405 vom 11./12. 11. 1961 S. 7.

Gefängnisgefangenen in Frage stehen. Wo der Jugendstrafvollzug⁵ oder die Rechtsstellung der Zuchthausgefangenen hiervon erheblich abweichen, ist dies allerdings wenigstens erwähnt.

4. Schon einleitend ist mit Nachdruck darauf hinzuweisen, daß ein Zusammenhang von Strafvollzug und öffentlichem Recht dem französischen Rechtsdenken aus verschiedenen Gründen weitgehend fremd ist. Kennzeichnend bleibt eine Äußerung des Altmeisters der französischen Vollzugswissenschaft, Paul Cuche, der den Ausschluß öffentlich-rechtlicher Probleme aus dem Bereich des Strafvollzuges damit rechtfertigt, daß andernfalls die Vollzugspraxis notwendig zu einem Fragenkomplex des öffentlichen Rechtes werde, „den jeder mehr nach seinem Temperament und seiner Neigung als nach seinem Verstand diskutiert“⁶.

Ist in dieser Hinsicht besonders unter dem Einfluß der neuen *défense-sociale*-Bewegung jüngst auch ein gewisser, freilich mehr kriminalpolitischer Wandel feststellbar, so bleibt doch die traditionelle Auffassung, der materielle Gehalt der Vollzugsnormen sei ausschließlich eine Frage praktischer Vollzugserfahrung, im Grunde bestehen. Das ergibt sich nicht nur aus der neueren Literatur, wie zu zeigen sein wird, sondern wurde uns auch in mancherlei Gesprächen mit namhaften Rechtslehrern und erfahrenen Praktikern bestätigt.

Die gesamten nachfolgenden Ausführungen, besonders im dogmatischen Teil der Arbeit, sind daher nachdrücklich unter den Vorbehalt gestellt, daß die Darstellung des französischen Rechtes vom deutschen Ausgangs- und Bezugspunkt her erfolgt. Daß eine solche gewisse Einseitigkeit kaum jemals zu vermeiden sein wird, hat bereits Jeschek zutreffend dargetan⁷.

5. Bevor die geltende Rechtslage erörtert wird, sei in einigen kurzen, zusammenfassenden Bemerkungen die historische Entwicklung umrissen (Abschnitt I). Da sich eine Vielzahl hervorragender Werke ausführlich mit der allgemeinen Geschichte des Gefängniswesens befaßt, sind hier vorwiegend nur jene Gesichtspunkte dazulegen, die im Rahmen der allgemeinen Entwicklung des Strafvollzuges für die Herausbildung einer generell-rechtlichen und speziell-verfassungsrechtlichen Stellung der Strafgefangenen von Bedeutung gewesen sind.

Soweit die einschlägige Literatur nur von historischem Interesse ist, wird sie lediglich in den Anmerkungen des I. Abschnittes wiedergegeben und erscheint daher nicht im allgemeinen Schrifttumsverzeichnis.

Nach der Darstellung der geschichtlichen Entwicklung einer Rechtsstellung der Gefangenen wird das formelle Verhältnis von Verfassungsrecht und Strafvollzugsrecht behandelt. Es ist dies die Frage nach der verfassungs-

⁵ Zur allgemeinen Entwicklung desselben vgl. zuletzt Veillard-Cybulski, *De la répression au traitement des délinquants mineurs*, SchwZStrafR Bd. 78 (1962) S. 50-69.

⁶ *Traité* S. 168.

⁷ *Entwicklung, Aufgaben und Methoden der Strafrechtsvergleichung* (Recht und Staat Heft 181/182), Tübingen (Mohr) 1955 S. 37.

mäßigen Herkunft der Normen, die den Strafvollzug aktuell oder (und) potentiell beherrschen, sowie nach dem Rang dieser Normen in der Hierarchie der Rechtsquellen (II. Abschnitt). Das materielle Verhältnis des Vollzugsrechtes zu den Bestimmungen des Verfassungsrechtes zielt sodann auf die Begrenzung der staatlichen (Straf- und Vollzugs-)Gewalt durch die verfassungsmäßigen Grundrechte, insbesondere den Gleichheitssatz, und durch das Prinzip der Gewaltenteilung. Der III. Abschnitt grenzt daher zunächst den Normbereich ab, der als Bestandteil der staatlichen Grundordnungen rechtlich in Betracht kommt (unter A) und gibt eine Übersicht über das (materielle) Verhältnis des Verfassungsrechtes zum Gesamtgebiet des Strafrechtes (unter B). Die beiden folgenden Abschnitte (IV und V) setzen sich dann ausführlich mit der Frage der Grundrechtsgeltung im Gefangenschaftsverhältnis auseinander. Ein letzter Abschnitt (VI) behandelt die Auswirkung des traditionellen verfassungsrechtlichen Strukturprinzips der Gewaltenteilung auf die Organisation und Kontrolle des Strafvollzuges. Neben dem Problem der straf- und zivilrechtlichen Verantwortung der Vollzugsverwaltung und ihrer Beamten stellt sich dabei besonders die in vielen Ländern heute im Brennpunkt der strafvollzugsrechtlichen Diskussion stehende Frage nach der Beteiligung der richterlichen Gewalt am Strafvollzug.

I. ABSCHNITT

Die geschichtliche Entwicklung einer Rechtsstellung des Gefangenen

A. Die Entwicklung bis zum Ende des zweiten Weltkrieges

1. Dem Altertum war die Institution der Freiheitsstrafe so gut wie unbekannt. Ob es insbesondere in Rom eine Gefängnisstrafe im heutigen Sinne gegeben hat, ist nicht ganz geklärt.

a) Es steht fest, daß der römische Staat drei Arten von Gefängnissen kannte: das private Gefängnis (*carcer privatus*), in dem der *pater familias* Personen einsperren konnte, die seiner Gewalt unterstanden (Frauen, Hauskinder, Sklaven, Schuldner); das öffentliche Gefängnis (*carcer publicus*), das ähnlich der heutigen Gefängnisverwaltung organisiert war und an seiner Spitze einen Direktor (*commentariensis*) hatte; das freie Gefängnis, bei dem sich der gefangengenommene Römer höherer Stände nach der *lex Valeria* in die *libera custodia* eines Magistrats oder Senators begab¹.

Für die Auffassung, daß es im römischen Staat keine der heutigen Freiheitsstrafe entsprechende Sanktionsart gegeben hat, wird gewöhnlich der bekannte Satz des Ulpian in Dig. 48, 19, 8, 9 (*de poenis*) zitiert: *carcer enim ad continendos homines, non ad puniendos haberi debet*. Wenn demgegenüber Codex IX, 4, 1 (*de custodia reorum*) von den *poenae carcerum* spricht und eine humane Behandlung der Gefangenen, genügend Lichtzufuhr sowie Geschlechtertrennung vorschreibt und die Anlegung von eisernen Handschellen verbietet, ferner Codex I, 4, 9 sogar regelmäßige Bäder und ein Tagesgeld für die Verpflegung der mittellosen Gefangenen gewährt, so ist zu berücksichtigen, daß diese allgemeinen Anordnungen erst der Spätzeit angehören (Constantin I., Honorius) und nichts darüber aussagen, ob das Gefängnis repressiven oder präventiven Zwecken diene². So dürfte es doch wohl näher liegen anzunehmen, daß das Gefängnis in der römischen Strafrechtspflege nur als Ungehorsams- und Beugestrafe sowie zur Durchführung der Untersuchungs- und Vollstreckungshaft gedient hat. Mit Rücksicht auf deren arbiträren Charakter – war doch die Behandlung der Gefangenen ausschließlich von der Person des Vollzugsbeamten und dem finanziellen Vermögen des

¹ Vgl. eingehender Theodor Mommsen, *Römisches Strafrecht*, Leipzig (Dunker und Humblot) 1899 S. 960 ff., 299 ff.; Perrier, Diss. S. 7.

² Das scheint Mittermaier, *Gefängniskunde* S. 15 nicht genügend zu berücksichtigen.

Inhaftierten abhängig – spricht M o m m s e n zutreffend davon, ihr Wesen sei die magistratische Willkür ³.

b) In jedem Fall war Hauptfreiheitsstrafe die unter dem Prinzipat aufgekommene *missio in metallum* (Bergwerksstrafe) oder in *opus metalli* (Bergwerksarbeit), zu der das gleichartige, aber minder schwere *opus publicum* (öffentliche Zwangsarbeit) hinzutrat: *est poena quae adimat libertatem* (Dig. 48, 19, 8, 4). Der Freiheitsentzug war hier freilich nur die zwangsläufige Nebenfolge des Arbeitszwanges, so daß es sich im Grunde um eine „Arbeitsstrafe mit staatsökonomischem Grund“ ⁴ handelte.

c) Wenn hier überhaupt auf die Rechtslage im alten Rom eingegangen wird, so verdient zwar hervorgehoben zu werden, daß die erwähnte römische Institution der Arbeitsstrafe mit Freiheitsentzug auch die Entwicklung unserer Freiheitsstrafe mit (fakultativem oder obligatorischem) Arbeitszwang beeinflußt hat; die folgenden Ausführungen sollen jedoch mehr noch dem Verständnis des heutigen französischen Systems der *incapacités* dienen, auf das bereits einleitend hingewiesen wurde.

Das römische Recht kannte neben den allgemeinen Stufen der Handlungs- und Geschäftsfähigkeit nach Alter, Geschlecht und Geisteszustand die *incapacitas* der Gefangenen. Diese war gewissermaßen eine doppelte, und zwar eine tatsächliche und eine rechtliche. Die erstere entsprang dem rein faktischen Zustand des Freiheitsentzuges, insoweit als diese materielle Zwangsmaßnahme den Gefangenen in der Ausübung seiner Rechte stark beeinträchtigte; die zweite bestand in Rechtsverlusten und Aberkennungen, die als zusätzliche Strafe bei gewissen Arten von Verurteilungen ergingen. So zog etwa die Verurteilung zu Kapitalstrafen die Konfiszierung der Güter nach sich, während die Verhängung nicht-kapitaler Strafen zur Bescholtenheit (*infamia*) führte. Bemerkenswert ist, daß das französische Recht auch heute noch infamierende Strafen in stärkerem Maße als das deutsche Recht kennt.

Eine *capitis deminutio maxima* trat bei Verurteilung des Freien zum Tode und zu Bergwerksstrafe ein. Die hiervon Betroffenen verloren nicht nur faktisch ihre Freiheit, sondern verloren mit dem Status der Freiheit zugleich die Rechtsfähigkeit. Juristisch waren sie bereits gestorben: Sie konnten weder testieren noch erben, und ihre Güter wurden öffentlich verkauft; als *servi poenae* wurden diese Gefangenen Eigentum des Staates; sie gingen des römischen Bürgerrechtes (*status civitatis*) und des Familienstandes (*status familiae*) verlustig.

2. Derselbe juristische Tod findet sich als *mort civile* bei den schwersten Verurteilungen im alten französischen Recht.

Er trat ein bei Verhängung von Todesstrafe, lebenslanger Galeerenstrafe und Verbannung, ferner für Frauen, die zu Galeerenstrafe verurteilt waren,

³ A.a.O. S. 299; vgl. auch Cuello Calón, *Penología* S. 300 und Mossé, *Variétés* S. 76.

⁴ Mittermaier a.a.O.

und blieb bestehen, wenn für Männer eine Strafe in lebenslanges Gefängnis umgewandelt wurde.

a) Die Folge dieser *mort civile* war der Verlust aller öffentlichen Rechte. Zivilrechtlich konnten die Betroffenen jedenfalls nicht mehr testieren, erben oder in sonstiger Weise erwerben ⁵.

b) Leichtere Strafen ließen die Rechts- und Geschäftsfähigkeit dagegen bestehen. Verurteilungen, die zur Infamie führten, hatten den Verlust der Zeugnisfähigkeit und den Ausschluß von öffentlichen Ämtern zur Folge, während die zivilen Rechte bestehen blieben (so z. B. bei Peitschen- und Prangerstrafe, Verbannung, zeitiger Galeerenstrafe und öffentlicher Abbitte).

c) Ebenso wie das römische Recht kannten auch das alte französische und das alte deutsche Recht keine Gefängnisstrafe im eigentlichen Sinn. Die Gefängnisse wurden vielmehr von Inkulpierten und Zivilschuldnern bevölkert; hinzu kamen Bettler und Asoziale, die von der Verwaltung dorthin verbracht wurden. Die Einweisung in ein Gefängnis stellte somit lediglich eine Präventivmaßnahme dar. Erst im 15. Jahrhundert kam in Deutschland die Freiheitsstrafe an Stelle der Landesverweisung stärker auf, und in Frankreich wurde sie erst gegen Ende des 18. Jahrhunderts gebräuchlich. Zur strafweisen Gefangenhaltung dienten in Frankreich die *maisons de force*; in ihnen befanden sich Frauen, die zur Galeerenstrafe verurteilt worden waren, und Männer, deren Galeerenstrafe vom König in lebenslange Gefangenschaft umgewandelt war.

d) In den Gefängnissen selbst war die Haft lang und willkürlich, und der erschreckende bauliche Zustand der feuchten, dunklen Verließe verschlimmerte diese noch ⁶.

Nur das kanonische Recht kannte seit dem Mittelalter humane Freiheitsstrafen; diese waren individualisiert und zielten auf Besserung der Verurteilten. Doch sollen die tatsächlichen Verhältnisse in den Gefängnissen der Kirche bis zum Ende des 19. Jahrhunderts nicht viel besser als in den weltlichen gewesen sein ⁷.

Einige Reformversuche halfen praktisch nicht viel: so eine *Ordonnance* Heinrichs II. aus dem Jahre 1557 mit der Anordnung, die Gefangenen menschlicher zu behandeln, oder die 1670 erlassene *Ordonnance criminelle* Karls IX., nach der auf die Gesundheit der Gefangenen Rücksicht genommen, dieselben nach Geschlechtern getrennt und die Wärter bezahlt werden sollten (Titel XIII, Art. 1, 4, 20).

⁵ Die weiteren zivilrechtlichen Folgen sind streitig, vgl. G. A. Humbert, *Des conséquences des condamnations pénales relativement à la capacité des personnes, en droit romain et en droit français. Suivi d'un commentaire de la loi portant abolition de la mort civile.* Paris (Durand) 1855 S. 198 ff., 215 ff.

⁶ Vgl. von den zahlreichen Schilderungen zusammenfassend Albert Desjardins, *Les prisons de l'ancienne France*, *Revpénit* Jg. 9 (1885) S. 416–430, 544–561; Richard, *Le crime* S. 173.

⁷ Vgl. Mittermaier, *Gefängniskunde* S. 16; Pinatel, *Traité* S. XXII.

e) Erst nachdem gegen Ende des Mittelalters zahlreiche Kriege in Europa Verarmung und Arbeitsverlust hervorgebracht hatten, traten im Strafvollzug allmählich Besserungszweck und Erziehung neben die herkömmlichen Zwecke der Unschädlichmachung, der Abschreckung, der Ausbeutung und Vergeltung.

Damit war der modernen Auffassung vom Gefängniswesen der Weg gebahnt, während die öffentliche Zwangsarbeit nur als eine Art Vorläuferin betrachtet werden kann⁸.

3. a) Der faktische Übergang zur modernen Freiheitsstrafe begann in Holland mit der Errichtung der bekanntgewordenen beiden Amsterdamer Strafanstalten, dem Tuchthuis (1595) und dem Spinhuis (1597).

Der Gedanke des Amsterdamer Zuchthauses wurde bald über Holland hinaus auch in Deutschland und in der Schweiz fruchtbar. Im Laufe des 17. Jahrhunderts entstanden hier zahlreiche ähnliche Einrichtungen, wenn auch ihr Typus im einzelnen durchaus unterschiedlich war.

In England stellte John Howard moderne Forderungen über eine gesunde Unterbringung und Behandlung der Kriminellen durch Arbeit, religiösen Unterricht und Nachtisolierung auf⁹. Seinem Mahnruf war im Ausland ein größerer Erfolg beschieden als in England selbst.

Freilich blieb der Freiheitsentzug trotz dieser neuen Gedanken weitgehend eine Leibesstrafe. In das Allgemeinbewußtsein war die Aufgabe der Freiheitsstrafe als Verpflichtung noch nicht übergegangen¹⁰.

b) In Frankreich wiesen unterdessen Montesquieu und Voltaire eindrucksvoll und nachdrücklich auf den skandalösen Zustand der Gefängnisse hin. Im Jahre 1717 setzten zwei Pariser Parlamentsbeschlüsse wenigstens eine bestimmte Brotmenge zugunsten der Häftlinge fest und schrieben einen regelmäßigen Strohwechsel vor. Ludwig XVI. erklärte nach einer gründlichen Inspektion durch Malesherbes feierlich, daß forthin Ordnung und Humanität die Verhältnisse in den Strafanstalten bestimmen sollten, und kündigte den Erlaß eines Reglements über die innere Ordnung der Gefängnisse an.

Trotz all dieser tatsächlichen und rechtlichen Reformversuche blieb der Strafvollzug des 18. Jahrhunderts „mit seiner Entwürdigung, seiner seelischen und körperlichen Verelendung der Gefangenen ein Hohn auf die Humanität“¹¹. Mochte auch das Denken des Jahrhunderts um den Menschen und seine Würde kreisen, so führten doch „diese großzügigen Gedanken, die jeden Angriff auf die Würde des Einzelnen abwehren wollten, in der Praxis zu einer Vereinsamung der Gefangenen, die in Gräbern nachdenken sollten“¹².

⁸ Vgl. Borchers, BlGefK Bd. 54 (1921) S. 14; Tiedemann, JR 1962 S. 8; a. A. Kriegsmann, Einführung S. 4 f.

⁹ Vgl. sein State of prisons in England and Wales, with preliminary observations and account of some foreign prisons aus dem Jahre 1777.

¹⁰ Vgl. Peters, Kriminalpädagogik S. 40 f.

¹¹ Eb. Schmidt, Zuchthäuser S. 14.

¹² Dupréel, Revdrpéncrim Bd. 41 (1960/61) S. 102.

Auch rechtlich darf nicht darüber hinweggesehen werden, daß trotz aller Reformversuche im absoluten Staat, der in Deutschland im landesfürstlichen Polizeistaat seine besondere Ausprägung gefunden hatte, ein wie auch immer geartetes Rechtsverhältnis zwischen dem Gefangenen und dem Staat nicht denkbar war: Der Monarch als Verkörperung des Staates war in seiner Zwangsgewalt grundsätzlich unbeschränkt; nur die Bindungen der Religion konnten seine Macht wenigstens sittlich begrenzen. In Deutschland wie in Frankreich hatten die Monarchen nach der Lehre von den *iura politiae* in allumfassender Kompetenz Recht und Pflicht, die Sicherheit und Wohlfahrt ihrer Untertanen zu gewährleisten, wobei das öffentliche Interesse der Verwaltung Rechtfertigung genug war, nach Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten in die materiellen und geistigen Güter des Einzelnen einzugreifen¹³.

4. Diese tatsächlich wie rechtlich bedingungslose Unterwerfung des Einzelnen unter die Staatsgewalt griffen die Philosophen und Enzyklopädisten des 18. Jahrhunderts in scharfer Kritik an: Diderot, d'Alembert, Helvetius, d'Holbach, Voltaire und Rousseau.

a) In seinem *Contrat social* umschrieb Rousseau den rechtlichen und philosophischen Grund der Strafe und forderte die Beschränkung der staatlichen Allmacht als Korrelat einer Befreiung des Individuums.

Montesquieu stellte in den „*Lettres persanes*“ seine Grundanschauungen von Wesen und Wirken der Strafe auf (Lettre 78) und vervollständigte seine Thesen im *Esprit des Lois* durch straf- und strafprozeßrechtliche Betrachtungen. Nach Montesquieu besteht „die politische Freiheit . . . in der Sicherheit (*sûreté*) oder zumindest in der Konzeption, die man von dieser Sicherheit hat; sie wird nirgends mehr angegriffen als bei öffentlichen oder privaten (Straf-)Anklagen. Somit hängt der Schutz der Freiheit des Bürgers hauptsächlich von der Qualität der Strafgesetze ab“. (*Esprit des lois*, Buch XII, Kap. 2)

b) In Italien griff Beccaria 1764 diese Ideen in seinem Werk „*Dei delitti e delle pene*“ auf und bezeichnete u. a. alle Strafen als ungerecht, welche nicht durch den Schutz der Gesellschaft zwingend geboten sind. Zwischen den Delikten und den Strafen muß nach Beccaria – anders als nach der herkömmlichen theokratischen Begründung eines umfassenden und unbegrenzten Straf-Rechtes des Staates – eine gewisse Proportionalität im Sinne einer politischen Arithmetik bestehen: Das Maß der Strafe wird von dem Grad der Verletzung der Interessen des öffentlichen Wohls bestimmt¹⁴. Müssen die Strafen somit zwingend notwendig sein, so ist andererseits die durch ihre Verwirkung herbeigeführte Infamie zu begrenzen¹⁵. Zur Verteidigung der Freiheitsrechte forderte Beccaria ferner Mindestregeln für eine menschliche Behandlung der Gefangenen, wobei auch der Strafvollzug dem

¹³ Vgl. für Deutschland: Wolff, *Verwaltungsrecht* I § 8 I, III; Freudenthal, *ZStW* Bd. 39 (1918) S. 496; für Frankreich: Duverger, *Institutions* S. 408 f.; Odenot, *Contentieux* S. 22 f. Zusammenfassend Conrad, *ROW* Bd. 4 (1960) S. 131.

¹⁴ *Des délits et des peines*. *Dei delitti e delle pene*. Paris (De Boiste) 1796, italien. Text S. 59, 62, 90 ff., 148; franz. Text S. 30 ff., 52 f., 196.

¹⁵ A.a.O. italien. Text S. 78 f.

Delikt proportional sein muß¹⁶. Dem Gefangenen dürfen keine besonderen Leiden auferlegt werden, sondern er ist nur durch die Freiheitsentziehung daran zu hindern, für die Dauer seiner Strafe anderen zu schaden. In jedem Fall darf es „innerhalb der Grenzen eines Staates keinen Ort geben, in dem die Staatsgewalt vom Gesetz unabhängig ist“¹⁷.

c) Die Reform wurde in Frankreich das Werk der großen Revolution von 1789. Ebenso wie die allgemeine Strafrechtsreformbewegung Ende des 18. Jahrhunderts sich in besonderem Maße auf das Gefängniswesen auswirkte, nahm auch die Revolution dieses für das allgemeine Interesse heute etwas abseits liegende Gebiet nicht aus.

In einem Bericht an die Nationalversammlung protestierte *Mirabeau* im Jahre 1790 gegen den Zustand der Gefängnisse¹⁸, und bereits ein Gesetz vom 22. Juli 1791 schrieb die regelmäßige und ausreichende Lieferung von Brot und Wasser sowie die Errichtung von Bettstellen als minimale Bedingungen eines menschlichen Lebens in den Gefängnissen vor. Das gleiche Gesetz ordnete ständige Inspektionen durch städtische Beamte und Parlamentarier an.

Ausdruck der nunmehr auch auf rechtlicher Ebene erfaßten Subjektstellung des Einzelnen gegenüber dem Staat wurde die berühmte Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte vom 27. August 1789, die sich in ihren Artikeln 7 – 9 besonders mit Grundfragen des Strafrechtes befaßt.

Proklamierte so die französische Revolution, ein neues Rechtssystem auf der Grundlage der Achtung der Menschenrechte durch den Staat aufzubauen, so wurde das erste umfassende Revolutionsgesetz ein Strafgesetzbuch, da dieses nach zeitgemäßer Vorstellung die fundamentalste Garantie individueller Freiheit bedeutete. Bereits ein Gesetz vom 8. und 9. Oktober 1789 sah ferner für den Strafprozeß neue Rechte der Verteidigung und die Öffentlichkeit der Verhandlungen vor, obwohl die alte Gerichtsorganisation und der auf die Colbertsche Ordonnance von 1670 („Code Louis XIV“) zurückgehende Prozeß zunächst noch provisorisch aufrechterhalten wurden. Ein Gesetz vom 16. – 29. September 1791 beseitigte endgültig das alte Strafprozeßsystem¹⁹.

Allgemein stützte sich die Revolution auf die naturrechtliche Lehre von den vorstaatlichen, angeborenen Freiheitsrechten des Individuums. Diese natürlichen, unantastbaren Rechte soll der Einzelne in den Grenzen der Vernunft und des Rechtes betätigen können, wobei der Staat, ihm vorgegebenen Prinzipien unterworfen, allein die Aufgabe hat, die individuelle Freiheitsphäre in ihrer rechtlichen Ausdehnung abzustecken und zu umgrenzen.

¹⁶ A.a.O. italien. Text S. 130; franz. Text S. 128, 131 f.

¹⁷ A.a.O. italien. Text S. 86. Auf diese Äußerungen *Beccarias* weisen *Fry*, *Nouvelle Déclaration* S. 206 f., und *Maurel*, *Revpénit* Bd. 73 (1949) S. 377 zutreffend hin; insoweit unrichtig *Mittermaier*, *Gefängniskunde* S. 23.

¹⁸ Der Bericht ist 1888 von *Henri Bégouen* veröffentlicht worden (Paris, Larose).

¹⁹ Vgl. *Esmein*, *Histoire* S. 431 ff.

Erschien so den Männern der Revolution die Freiheit des Einzelnen in jeder Hinsicht als das höchste Gut, so war als wirksamstes Übel des Strafkataloges wie selbstverständlich der Freiheitsentzug erkannt.

Der Gefangene schuldete aber der Gesellschaft nur die Zahlung seiner Schuld, so daß der Staat nicht seine Persönlichkeit erfassen und Wandlung oder auch nur Besserung verlangen konnte. Der Kriminelle blieb ein vernünftiges Wesen, das abstrakt begriffen wurde; eine Anpassung der Strafe oder des Vollzuges an die Persönlichkeit war der Revolutionszeit grundfremd. Auch sollte durch eine bloße Gefangenhaltung ein gleicher Strafvollzug für alle gewährleistet werden²⁰. Hinsichtlich der Rechtsstellung des Gefangenen ist es für diese Zeit in der französischen Wissenschaft streitig, ob die Revolution die *mort civile* beseitigt hat²¹.

Die Leibes- und Körperstrafen (Verstümmelung, Peitschenstrafe, Brandmarkung, öffentliche Abbitte) wurden von dem Strafgesetzbuch vom 25. September 1791 abgeschafft. Dieses Gesetzbuch ist nur allzu deutlich von den Forderungen Rousseaus und Beccarias beeinflusst; das Gefängnis wurde von ihm zur Grundlage des Strafsystems gemacht. Als infamierende Strafe wurde die Aberkennung der Bürger- und Ehrenrechte (*dégradation civique*) neu geschaffen; sie besteht im geltenden französischen Recht fort (Art. 34 C. p.) und führt zum Ausschluß von allen öffentlichen Funktionen, zum Verlust aller Bürgerrechte (im politischen Sinn) und zum Verbot gewisser familienrechtlicher Stellungen.

Verlust der Bürgerrechte zogen auch die übrigen infamierenden Strafen (wie z. B. das Prangerstehen) und alle affliktiven („verletzenden“) Strafen (wie Zuchthaus- und Kettenstrafe) nach sich. Die wegen schwerer Delikte zu solchen affliktiven Strafen Verurteilten konnten während der Strafdauer kein ziviles Recht selbst ausüben; zur Verwaltung ihrer Güter wurde ein Pfleger bestellt²².

Für die Vollziehung der Freiheitsstrafe sah das Gesetz helle Räume vor, in denen die Gefangenen ohne Kontakt untereinander oder mit der Außenwelt leben sollten, und zwar frei von Ketten und Fesseln oder ähnlichen zusätzlichen Behinderungen. Ergänzend schrieb ein Dekret vom 31. Januar 1793 für ihre Behandlung Menschlichkeit, Gleichheit und Rücksichtnahme auf die Gesundheit vor.

Die Rolle des Richters im Strafprozeß war insofern beschränkt, als er aus den rechtsstaatlichen Gründen der Legalität und des Gleichheitsgebotes nur feste Strafen aussprechen konnte, deren Art und Dauer das Strafgesetzbuch genau umschrieb.

²⁰ Vgl. Ancel, *Pris.* 1959 S. 298.

²¹ Vgl. Humbert a.a.O. S. 201 ff.; Perrier, *Diss.* S. 14 f. mit Nachw.

²² Das französische Strafrecht kennt traditionell bei bestimmten Delikten Strafen, die als „affliktiv“ und (oder) „infamierend“ bezeichnet werden, vgl. heute Art. 6 f. C. p. Die Rechtslehre verneint den Sinn dieser angeblich zusätzlichen Qualifizierung der Strafe, da im Grunde alle Strafen den Verurteilten in seinen Rechtsgütern verletzen und seine Ehre mindern, vgl. Stefani-Levasseur, *Droit pénal* Nr. 567 f. S. 450 f.

So sollten sich die humanen Forderungen der Montesquieu, Voltaire, Beccaria durch eine menschlich-vernünftige Verwendung der Freiheitsstrafe unter Schonung von Körper und Leben verwirklichen. Insgesamt kann diese Zeit mit P i n a t e l als ausgesprochen humanitäre Periode bezeichnet werden²³. Für die gesamte Strafrechtspflege brachte die Französische Revolution mit den Ideen der freien menschlichen Selbstbestimmbarkeit, der nicht-individualisierten Vergeltungsstrafe und dem Legalitätsprinzip für Delikte und Strafen (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) eine Auffassung herauf, die nicht nur für Frankreich klassisch wurde.

5. Die Reaktion auf diese Milderungen im Katalog und im Vollzug der Strafen blieb nicht aus.

a) Zwar behielt das französische Strafgesetzbuch von 1810 (Code Napoléon) das Gefängnis als Basis des Strafsystems bei und erkannte von den Forderungen der Revolution in seinem Art. 4 wenigstens das rechtsstaatliche Grundprinzip „*nullum crimen, nulla poena sine lege*“ (Art. 8 Verfassung von 1791, Art. 14 Verfassung von 1793) an. Auch regelten Art. 15 – 55 C. p. den Strafvollzug und einige seiner rechtlichen Folgen in den Grundzügen.

Aber nicht nur wurde die Justiz wieder rauher und willkürlicher, sondern auch die Rechtsstellung der Verurteilten näherte sich in manchem wieder dem früheren Rechtszustand (*ancien régime*). U. a. wurde nach heftigen Diskussionen die *mort civile* erneut eingeführt, und in der Vollzugspraxis der nachrevolutionellen Periode waren Schicksal und Würde der Gefangenen wieder wenig geachtet²⁴. Der Entwurf eines geplanten modernen Gefängnis-systems wurde nicht Wirklichkeit.

b) Unter der Restauration setzte eine starke Beschäftigung mit dem Zustand der Gefängnisse und der materiellen Situation der Gefangenen ein. Die Ordonnance vom 9. April 1819 verbesserte das Ernährungssystem und führte zur Gründung der Königlichen Gefängnisverwaltung (*Société royale des prisons*) und eines Oberen Gefängnisbeirates (*Conseil supérieur des prisons*) durch Ludwig XVIII.

Bis zu Beginn der Juli-Monarchie herrschte für die Gefängnisinsassen eine Art „goldenes Zeitalter“: Sie hatten weitgehende Kontakte mit der Außenwelt, durften Eigengeld bei sich führen und unbeschränkt rauchen; die Kantinen waren reichlich ausgestattet, und eine Gefängnisarbeit gab es nur in fakultativer Form.

Ein Erlaß vom 10. Mai 1839 und eine Ordonnance vom 27. Dezember 1843 beseitigten diese „goldene Zeit“ rasch durch Wiedereinführung strenger Verbote²⁵. Immerhin läßt ein Zirkular vom 9. August 1841²⁶ erkennen, daß der Vollzug wenigstens theoretisch eine gewisse Freiheitssphäre des

²³ *Traité* S. XXIII.

²⁴ Vgl. Perrier, Diss. S. 17; allgemein auch Esmein, *Eléments* Bd. II S. 596.

²⁵ Vgl. zusammenfassend Jean B a n c a l, *L'œuvre pénitentiaire de la Restauration et de la Monarchie de Juillet*, RSC Bd. 6 (1941) S. 219–253, 246 f., 252.

²⁶ Zitiert nach C a n n a t, *Réforme* S. 74.

Gefangenen zu achten gewillt war. Das Zirkular führt im Hinblick auf das System der Zellentrennung aus: „Einen Menschen zu zwingen, mit anderen, ihm unbekannten Menschen zusammenzuleben, heißt die menschliche Freiheit verletzen und den menschlichen Willen vergewaltigen.“ Allerdings ist mit C a n n a t darauf hinzuweisen, daß für lange Strafen das Auburn-System menschlicher ist²⁷.

Das Finanzgesetz aus dem Jahre 1855 befreite die Départements von der Unterhaltung der Gefängnisse einschließlich der Insassen und vertraute diese Aufgabe dem Staat an. Mit Gesetz vom 31. Mai 1854 endlich wurde auf zahlreiche Kritiken der Rechtslehre²⁸ hin der zivile Tod als Anachronismus und augenscheinliche Fiktion abgeschafft. Statt dessen wurde die „doppelte Unfähigkeit, unentgeltlich zu erwerben und zu verfügen“ (la double incapacité de disposer et de recevoir à titre gratuit) eingeführt, die bis heute fortbesteht (Art. 36 C. p.). Ein Gesetz vom 14. August 1885 ordnete schließlich einen Strafvollzug an, der „auf der Basis der täglichen Beobachtung der Führung des Gefangenen und durch das Mittel der Arbeit auf die Besserung der Verurteilten“ zielt.

6. Frankreich kannte im übrigen seit der Restauration eine reiche Vollzugsliteratur. Aus der Vielzahl der Autoren ragt Charles Lucas (1803–1889) hervor²⁹, einer der ersten Generalinspektoren der französischen Vollzugsverwaltung. Seine Persönlichkeit bestimmte das Vollzugsdenken der ganzen Epoche. Aus dem Kreis um ihn sind besonders die Namen B é r e n g e r, Rossi, Demetz, de Tocqueville und Beaumont zu nennen.

Aber auch bei Lucas ist von einer Rechtsstellung des Gefangenen noch keine Rede; es gibt nur rein tatsächlich gewährte Möglichkeiten (simples facultés accordées), Erlaubnisse (permissions) usw. Zwischen den Gesichtspunkten des Vertrauens und der Erprobung sollte eine strenge Durchorganisation des Vollzuges zugleich der Aufrechterhaltung der Ordnung und der Erziehung des Gefangenen dienen, wobei die Disziplinarstrafen im wesentlichen darin bestanden, dem Gefangenen die wenigen ihm verbleibenden tatsächlichen Vorteile ganz oder teilweise zu nehmen³⁰. Freilich sollten alle materiellen (körperlichen) Qualen beseitigt sein, und der Verbrecher blieb als „Mensch seiner Zeit“ von der menschlichen Gesellschaft nicht ausgeschlossen³¹. Die Begründung hierfür suchte Lucas jedoch nicht im Rechtlichen, sondern in philanthropischen, moralisch-pädagogischen Erwägungen³².

Später setzte unter dem Einfluß der Positivisten (Ferri, Lombroso, Garofallo) wieder ein starker Aufschwung der einschlägigen

²⁷ Vgl. *Réforme a.a.O.*

²⁸ Vgl. insbesondere Pellegrino Rossi, *Traité de droit pénal*, Bd. III Paris (Sautet) 1829 S. 206 f.

²⁹ Besonders zu nennen sind seine Werke *Du système pénitentiaire en Europe et aux Etats-Unis*, Bd. I Paris (Bossang) 1828, Bde. II und III Paris (Dehay) 1830; *Du système pénal et du système répressif en général, de la peine de mort en particulier*, Paris (Béchet) 1827; *De la réforme des prisons, ou la théorie de l'emprisonnement*, 3 Bde. Paris (Legrand et Bergounioux) 1836 und 1838.

³⁰ *Théorie a.a.O.* Bd. 3 (1838) S. 183, 185 f.

³¹ *A.a.O.* Bd. 2 (1838) S. 97 ff., 106.

³² *A.a.O.* Bd. 2 S. 106 f.

Untersuchungen ein und führte zu einer engen Verbindung und Vermischung der Vollzugswissenschaft mit der Kriminologie. Schon um 1900 brachte jedoch der Einfluß der *Ecole Eclectique* (Tarde, Saleilles, Cuche) wieder eine scharfe Trennung beider Disziplinen.

7. a) In Deutschland verband sich im 18. Jahrhundert ebenfalls die Naturrechtslehre mit der Aufklärung und bereitete eine generelle Rechtsreform vor. Im Jahre 1791 forderte der Pfarrer H. B. Wagnitz eine gesetzliche Festlegung der Rechte der Gefangenen³³. In seinem Werk findet sich außer christlicher Gesinnung auch der Geist der Aufklärung und der Französischen Revolution. „Man wird überall aufmerksamer auf die Menschenrechte, und gewiß kommt auch an den gefangenen Menschen die Reihe . . . Und wären sie die größten Verbrecher, so bleiben sie Menschen.“³⁴

Was in Frankreich die Revolution mit einem Schlage heraufbrachte, vollzog sich in Deutschland im Wege einer Evolution. Wenn auch trotz ungezählter Berichte und Aufrufe von den verschiedensten Seiten die meisten Reformpläne auf dem Gebiete des Strafrechts zunächst noch unverwirklicht blieben, so forderte der allgemeine Einfluß der Zeit nach 1800 immer stärker auch in Deutschland die Achtung von Würde und Gleichheit der Gefangenen und eine rechtliche Einschränkung der Willkür der Verwaltung. Hatte bereits die Rechts- und Staatslehre seit der Mitte des 18. Jahrhunderts die Einschränkung der Staatsgewalt auf der Grundlage einer Verfassung sowie die Anerkennung der Menschenrechte gefordert, so fanden seit Beginn des 19. Jahrhunderts diese rechtsstaatlichen Gedanken unter dem Einfluß Napoleons langsam Eingang in die Verfassungen einiger deutscher Länder, voran der Rheinbundstaaten. Rechtlich bleibt als Unterschied zu der Entwicklung in Frankreich hervorzuheben, daß sich in den beiden führenden deutschen Staaten – Preußen und Österreich – die Umwandlung ganz im Rahmen der absolutistischen Staatsform vollzog. Das absolute Königtum wurde rechtlich nicht angetastet, erfuhr aber in seinem Wesen eine grundlegende Veränderung. Monarch und Volk erschienen nunmehr als Partner ein und desselben (Gesellschafts-)Vertrages, der dem Monarchen die Staatsmacht überträgt und dem Volke unveräußerliche natürliche Rechte beläßt, die der Herrscher nicht ungestraft verletzen darf³⁵. Banden so die durch den Gesellschaftsvertrag bestimmten Staatszwecke die Gewalt des Königs, so wurde damit zugleich der Staat gegenüber dem Herrscher durch eine verfassungsrechtliche Unterscheidung verselbständigt.

³³ Historische Nachrichten und Bemerkungen über die merkwürdigsten Zuchthäuser in Deutschland, Halle (Gebauer), 3 Bde. 1791/92, 1794.

³⁴ A.a.O. Bd. I S. IV, VI. Auf diese Sätze hat besonders Peters, Kriminalpädagogik S. 45 aufmerksam gemacht. Dort S. 45 f. auch weitere Einzelheiten über die Gedanken Wagnitz'; vgl. auch den Überblick bei Albert Krebs, Auffassungen über die Aufgaben des Strafvollzugs in Deutschland seit der Aufklärung, ZStrafvollz Jg. 11 (1962) S. 138–150.

³⁵ Vgl. Conrad, ROW Bd. 4 (1960) S. 131; dort S. 132 auch Näheres über rechtsstaatliche Ansätze in der Staatslehre Friedrichs des Großen und S. 134 über die Anerkennung von Grundrechten in den Vorbereitungsarbeiten zum Pr. Allgemeinen Landrecht vom 5. 2. 1794.

In Preußen forderte der Justizminister v. Arnim eine gesetzliche Regelung des Strafvollzuges³⁶; bei ihm findet sich auch die Anerkennung einer staatlichen Pflicht zur humanen Behandlung, zur ausreichenden Verpflegung und Kleidung sowie zur Pflege der Gesundheit der Gefangenen.

Der Strafvollzug wurde in Gestalt zahlreicher Gesetzesvorschläge in den Landtagen der deutschen Länder diskutiert, und eine Vielzahl von Ordnungen suchte die Einzelheiten des Vollzuges zu verbessern und genau zu regeln.

Besonders wichtig sind in dieser Hinsicht die zahlreichen Regelungen in Preußen, einschließlich des Generalplanes zur Verbesserung der Gefängnisse und Strafanstalten (vom 16. September 1804) sowie zahlreiche Instruktionen, Ordonnancen, Verordnungen und Kabinettsordres³⁷. Die Kenntnis der Rechtslage in Preußen ist insofern wesentlich, als das geltende Reichsstrafgesetzbuch vom 15. Mai 1871 über das Strafgesetzbuch des Norddeutschen Bundes vom 31. Mai 1870 in den meisten seiner Bestimmungen auf das Preußische Strafgesetzbuch vom 14. April 1851 zurückgeht.

Allgemein enthielten die Strafgesetzbücher der deutschen Länder zwar ausführlichere Regelungen des Vollzuges als das z. Z. geltende Reichsstrafgesetzbuch, doch beschränkten sie sich meist auf verstreute Anordnungen hinsichtlich der zivilrechtlichen Stellung der Gefangenen, ihrer Arbeitspflicht, Kleidung und Ernährung³⁸. Einzelne Strafgesetzbücher regelten allerdings auch Einzelheiten wie den Gebrauch der Disziplinar Mittel, die Regelung des Brief- und Besuchsverkehrs oder die Art der Haartracht³⁹. Den eigentlichen Strafinhalt legten jedoch erst die Hausordnungen der Strafanstalten fest.

b) Wenngleich so das 19. Jahrhundert schon in seinen ersten Jahrzehnten Frankreich wie Deutschland gleichermaßen einen geordneten und humanen Strafvollzug brachte, bleibt doch zu beachten, daß die Einschränkungen unnötiger Beschwerden der Gefangenen im allgemeinen weniger aus rechtlichen als vielmehr aus humanitären und christlichen Gesichtspunkten gefordert wurden. Dies gilt insbesondere etwa für die auf Howard und Fry, Lucas und Dupétioux zurückgehenden Tendenzen⁴⁰.

c) Für das Rechtsverhältnis des Kriminellen zum Staat blieb in Deutschland Ausgangspunkt der Gedanke Kants, daß gutes und sittlich einwandfreies menschliches Handeln bedeutet, sich aus eigenem Antrieb dem kategorischen Imperativ unterwerfend recht zu handeln. Durch äußeren Zwang darf seitens des Staates in diese autonome sittliche Selbstentfaltung nicht eingegriffen werden – würde der Staat dadurch doch höchstens ein äußerlich legales, aber kein moralisches Verhalten des Einzelnen erreichen. Ein solcher staatlicher Eingriff würde zugleich die menschliche Würde angreifen. Hier-

³⁶ Bruchstücke über Verbrechen und Strafen, Frankfurt und Leipzig 1803, S. 105 f., 123.

³⁷ Zu dem Rechtscharakter dieser Erlasse vgl. die Hinweise bei Tiedemann, JR 1962 S. 8 in Anm. 48.

³⁸ Vgl. die Nachweise bei Spannagel, Diss. S. 10.

³⁹ vgl. Spannagel, Diss. S. 11.

⁴⁰ Vgl. Ancel, Traitement pénitentiaire S. XVIII; Cuello Calón, Penología S. 308.

mit stimmt die Lehre H e g e l s von der Ehrung des Rechtsbrechers als „Vernünftiges“ überein ⁴¹.

Diese Gedanken, jedenfalls im Ergebnis mit der Auffassung der Französischen Revolution übereinstimmend, finden sich auch bei Anselm von Feuerbach wieder und haben durch ihn bis auf die Strafauffassung des deutschen Reichsstrafgesetzbuches von 1871 fortgewirkt. Nach Feuerbach darf die staatliche Strafgewalt nicht auf die Persönlichkeit des Rechtsbrechers einwirken; jeder spezialpräventive Besserungsversuch ist eine Versündigung an der „Idee des Menschlichen“.

So dient noch nach dem Reichsstrafgesetzbuch der Strafvollzug generalpräventiv und vergeltend dazu, „den Ernst der Strafdrohung im Einzelfall zu dokumentieren und den gesetzlichen Bestrafungsbefehl zu vollziehen“. „Die Verpönung aller spezialpräventiven Zwecksetzungen gegenüber dem bestraften Menschen, vor allem aller ihm gegenüber zu unternehmenden Resozialisierungsversuche, blieb ein Grundgesetz des Strafrechts, dem sich das Reichsstrafgesetzbuch von 1871 vollständig und mit Selbstverständlichkeit fügte.“ ⁴²

Erschien das Einzelhaftsystem der an Hegel ausgerichteten Vergeltungs-idee als das gegebene Ideal, so suchte das 19. Jahrhundert in Deutschland den Strafvollzug durch eine äußere militärische Zucht und Ordnung zu gestalten. Erst v o n L i s z t forderte, den Täter als solchen zwar wegen seiner Tat, aber nach seiner kriminologischen Eigenart zu erfassen, ihn zu resozialisieren oder unschädlich zu machen ⁴³.

8. Für Belgien hebt Cornil ⁴⁴ hervor, daß auch hier der Gefangene ursprünglich bei Eintritt in das Gefängnis seine ganze Persönlichkeit verlor; ihm blieb kein einziges Recht außer denen, die ihm von den Reglements ausdrücklich gewährt wurden.

Die von Ducpétiaux eingeführte Zellentrennung machte Belgien bis 1945 zum klassischen Land des Zellsystems; rechtlich und menschlich war das System Ducpétiaux' von einem „totalen Paternalismus“ ⁴⁵ gekennzeichnet.

a) Freilich hatte auch in Belgien die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789 das Strafgesetzbuch von 1791 und das Kriminal-

⁴¹ „Ferner ist (es) nicht nur der Begriff des Verbrechens, das Vernünftige desselben an und für sich, mit oder ohne Einwilligung der Einzelnen, was der Staat geltend zu machen hat, sondern auch die formelle Vernünftigkeit, das Wollen des Einzelnen, liegt in der Handlung des Verbrechers. Daß die Strafe darin als sein eigenes Recht enthaltend angesehen wird, darin wird der Verbecher als Vernünftiges geehrt.“ Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, § 100 (Ausgabe von G. Lasson, Leipzig [Meiner] 3. Aufl. 1930 S. 90).

⁴² Eb. Schmidt, Zuchthäuser S. 19, 22; ähnlich Peters, Kriminalpädagogik S. 47.

⁴³ Daß der Resozialisierungsgedanke auch schon vor von Liszt vertreten und praktisch entwickelt wurde, soll damit nicht bestritten werden; vgl. zu der in dieser Hinsicht wechselvollen Entwicklung Peters, Kriminalpädagogik S. 40 ff.

⁴⁴ Revdrpéncrim Bd. 31 (1950/51) S. 495.

⁴⁵ Dupréel, Revdrpéncrim Bd. 41 (1960/61) S. 106.

gesetzbuch von 1810 beeinflusst. Nach Dupréel⁴⁶ erkennt das belgische Strafgesetzbuch von 1867 stillschweigend wenigstens ein Recht des Gefangenen zum Entweichen an, da die Art. 332 ff. belg. C. p. keine Strafe vorsehen und Flucht(versuch) auch keine Disziplinarstrafe nach sich zieht. Gleichwohl muß bezweifelt werden, ob die bloße Straflosigkeit des Entweichens ein echtes subjektives „Recht“ begründet⁴⁷. Jedenfalls wäre ein solches „Recht“ wohl schwerlich Ausfluß einer „Rechtsstellung“ des Gefangenen gegenüber dem Staat. Ein echtes Recht gewährten dagegen Art. 15 und 27 C. p. auf Entlohnung der Arbeit; da ein Minimum jedoch nicht festgesetzt war, blieb dieses Recht stark theoretisch.

Gleichwohl läßt sich (nach Dupréel) schon 1830 von einer Rechtsstellung des Gefangenen in Belgien sprechen: Die Art. 6 – 9 der Erklärung von 1789 gingen in die belgischen Gesetze über, und die Verfassung und zahlreiche Verordnungen wurden von derselben Erklärung beeinflusst. Nach Dupréel behielt der Gefangene „alle Rechte, die mit dem Freiheitsentzug vereinbar sind und deren er nicht ausdrücklich oder stillschweigend durch die Verurteilung entsetzt war“⁴⁸. Die Art. 603 – 618 des Code d'Instruction Criminelle und das Gesetz von 1874 über die Untersuchungshaft sowie das Gleichheitsprinzip ergänzten die wesentlichen Rechte des Gefangenen.

b) Diese Äußerung Dupréels erscheint insofern nicht ohne Widerspruch, als Dupréel selbst andererseits erst Ende 1957 für das geltende Recht unter der Überschrift „Ein neuer Begriff“ von Rechten des Gefangenen spricht⁴⁹ und später gerade für den Vollzug nachzuweisen sucht, daß Rechte der Gefangenen nur dann gesichert sind, wenn sie vom Gesetz selbst umschrieben sind⁵⁰. Auch weist noch 1959 Cornil⁵¹ auf den Kontrast zwischen den rechtlichen Garantien des Angeklagten bis zu seiner Verurteilung und der Freiheit der Vollzugsbehörden beim Vollzuge der Strafe hin.

Scheint schon rein empirisch der bereits erwähnte Paternalismus Ducpétiaux' für eine rechtlich schwache Stellung des Gefangenen zu sprechen, so wird diese Auffassung von der damaligen Rechtslage in Belgien durch eine Analyse der literarischen Äußerungen Ducpétiaux' bestätigt: Sein Werk von dem „Auftrag des Staates, seinen Normen und Grenzen“ entwirft unter Heranziehung der gesamten staatsrechtlichen Literatur ein plastisches Bild von den zeitgenössischen Auffassungen. Zwar wendet sich Ducpétiaux hinsichtlich der (freien) staatlichen Gesellschaft gegen jeden Paternalismus des Staates⁵², doch kann der Staat bei Verletzung der Rechte anderer durch den Einzelnen als „grand éducateur“ eingreifen⁵³. Entspringt die Einrichtung

⁴⁶ Revdrpéncrim Bd. 38 (1957/58) S. 165.

⁴⁷ Vgl. Waline, RDP Bd. 56 (1950) S. 697: „Wenn der Gesetzgeber ein bestimmtes Verhalten nicht als Delikt herausstellt, folgt daraus zweifellos noch nicht, daß dieses Verhalten zu einem Recht wird.“

⁴⁸ Revdrpéncrim Bd. 38 (1957/58) S. 167.

⁴⁹ A.a.O. S. 163 ff.

⁵⁰ Revdrpéncrim Bd. 41 (1960/61) S. 107.

⁵¹ SchwZStrafR Bd. 74 (1959) S. 1.

⁵² Edouard Ducpétiaux, Mission de l'Etat, ses règles et ses limites, Brüssel (Murquardt) 1861, S. 69 f., 75.

⁵³ Vgl. a.a.O. S. 76 in Verb. mit S. 72.

der Gefängnisse und die Behandlung ihrer Insassen der Aufgaben des Staates als Garant der öffentlichen Sicherheit und Ordnung⁵⁴, so liegt es nahe, hier den Gedanken *D e m a n t e s* anzufügen: „Der Genuß der Rechte, deren Ausübung die Gesellschaft gewährleistet, hat zur notwendigen Vorbedingung die Erfüllung der Pflichten, welche dieselbe Gesellschaft auferlegt. Es ist daher vernünftig und gerecht, den Schuldigen durch eine Abschneidung seiner Rechte zu bestrafen, da er den öffentlichen Frieden gestört und die Rechte der anderen verletzt hat.“⁵⁵

Für das Beamtenverhältnis führt *Ducpétiaux* selbst aus, daß der Beamte fast ohne eigene Rechte der Willkür seiner Vorgesetzten ausgeliefert und eine Begrenzung der Rechte des Staates in diesem besonderen Gewaltverhältnis noch nicht aufgezeigt sei⁵⁶.

Liegt es somit kaum nahe anzunehmen, daß der Gefangene (praktisch) mehr Rechte als der (rechtlose) Beamte hatte, so bleibt allerdings zu bemerken, daß Belgien bereits durch seine Verfassung vom 7. Februar 1831 den zivilen Tod abgeschafft und (mit Gesetz vom 11. Februar 1831) durch eine Aberkennung der Bürgerrechte (*dégradation civique*) sowie eine Beschränkung der Geschäftsfähigkeit (*interdiction légale*) ersetzt hatte. Die neue Verfassung gewährleistete ferner alle wesentlichen Grundrechte, deren Verwirklichung durch die nationale Gesetzgebung in vielem stärker als in Frankreich selbst vorangetrieben war.

c) Ein Zirkular des belgischen Justizministers vom 12. Oktober 1894⁵⁷ dürfte mit hinreichender Deutlichkeit zeigen, daß auch Belgien zumindest bis zum Ende des 19. Jahrhunderts der klassischen Vollzugsauffassung von der grundsätzlichen Unterwerfung der Gefangenen unter die Strafvollzugsgewalt anhing. Das erwähnte Zirkular führt aus, daß „die Gefängnisstrafe nach ihrer Natur die Suspendierung aller Möglichkeiten impliziert, deren Ausübung den Status der Freiheit verlangt“. Diese Auffassung dürfte jedenfalls lange und in weitester Interpretation der Konzeption der belgischen Vollzugsverwaltung zugrunde gelegen haben, die den Gefangenen „in der Praxis ohne weiteres als der Ausübung aller Rechte beraubt ansah, die man für unvereinbar mit der Stellung eines Gefangenen hielt“⁵⁸.

9. Für die Schweiz weist *Graven*⁵⁹ auf den historisch besseren Zustand der Strafanstalten hin. Doch konnte auch hier von einer echten Rechtsstellung des Gefangenen im 19. Jahrhundert noch keine Rede sein. Arbeits-

⁵⁴ A.a.O. S. 87.

⁵⁵ Bericht an die *Assemblée législative* bei den Vorbereitungen zu dem französischen Gesetz über die Abschaffung der *mort civile* im November 1851, zit. nach *Humbert* a.a.O. S. 448.

⁵⁶ A.a.O. S. 116 f., 118.

⁵⁷ *Recueil des Circulaires du Ministère de la Justice* 1894 S. 749.

⁵⁸ *Cornil* a.a.O. S. 3; ähnlich *Weiler*, *Bulletin belge* 1956 S. 73 ff.; vgl. auch den Bericht des belgischen Justizministeriums für den Internationalen Kongreß für Gefängniswesen in London 1872 (abgedruckt in: *Prisons and reformatories at home and abroad, Transactions of the International Penitentiary Congress, London [Longmans, Green] 1872*).

⁵⁹ In *Hugueney-Ancel* Bd. I S. 327 ff.

prämien wurden lediglich zum Ansporn des Arbeitseifers gezahlt, und bereits diese Maßnahme wurde heftig als unzulässige Erleichterung der Gefangenschaft angegriffen ⁶⁰.

Allerdings wurde nach Hafner ⁶¹ schon im Laufe der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts der Zwang zur Teilnahme am Gottesdienst abgeschafft, und später sollen sich auch die Vorschriften über Besuche und Korrespondenz gemildert haben. Diese Ansicht dürfte jedoch zumindest zu allgemein gehalten sein, war doch in verschiedenen Strafanstalten der Schweiz noch im Jahre 1949 der Besuch des Gefängnisgottesdienstes obligatorisch ⁶². Hafner erklärt allerdings dazu: „Dieses Obligatorium wird von den Gefangenen nicht als Zwang empfunden.“ ⁶³

10. Erst das 20. Jahrhundert brachte eine wirkliche Erfassung der Rechtsstellung des Gefangenen.

a) In Deutschland wurde zwar bereits 1870 bei den Beratungen des Reichstages des Norddeutschen Bundes über den Entwurf eines Strafgesetzbuches an eine gesetzliche Durchnormierung des Strafvollzuges gedacht; es wurde dabei besonders darauf hingewiesen, daß es im Grunde ein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz sei, wenn ein und dieselbe Tat innerhalb Deutschlands im Vollzug der staatlichen Ahndung verschiedene Folgen auslöse. Doch scheiterte die Durchführung dieses Gedankens an der historischen Verschiedenheit der Strafanstalten in den deutschen Ländern sowie – ähnlich wie später (1879) ein Regierungsentwurf – an der Finanzfrage.

Die allzu spärlichen Bestimmungen der §§ 15 – 22 StGB veranlaßten besonders auch Mitglieder der gesetzgebenden Körperschaften dazu, wiederholt auf die Notwendigkeit eines Strafvollzugsgesetzes hinzuweisen. All diese positive Kritik blieb jedoch ohne Ergebnis.

Bereits gegen Ende des 19. Jahrhunderts hatte allerdings in der Vollzugslehre Wahlberg ⁶⁴ hervorgehoben, daß die Unterwerfung des Gefangenen unter die Gewalt der Vollzugsverwaltung insofern beschränkt ist, als ihm zahlreiche Rechte verbleiben. Schon nach Wahlberg besteht zwischen Staat und Gefangenen ein Komplex gegenseitiger Rechte und Pflichten.

Eingehend und grundlegend untersuchte zu Anfang dieses Jahrhunderts Berthold Freudenthal die Rechtsstellung der Gefangenen. Während die allgemein herrschende Meinung bis dahin jedenfalls im Ergebnis noch annahm, der Gefangene sei rechtlos und der Willkür der Vollzugsverwaltung preisgegeben ⁶⁵, stellte Freudenthal – ähnlich wie bereits Wahlberg –

⁶⁰ Vgl. Feigel, Diss. S. 61.

⁶¹ In Hafner-Zürcher S. 23 f., S. 27 bei Anm. 1, S. 32.

⁶² Vgl. Feigel, Diss. S. 128 f.

⁶³ A.a.O. S. 239.

⁶⁴ Das Recht der arbeitspflichtigen Sträflinge auf einen Antheil an dem Arbeitsertrage, Grünhuts'Z Bd. 11 (1884) S. 349–404, 383.

den Rechtscharakter der Beziehungen zwischen Staat und Gefangenem heraus. Er sah in ihnen zutreffend ein Rechtsverhältnis des öffentlichen Rechts⁶⁶, auf das die allgemeinen staatsrechtlichen und sonstigen öffentlich-rechtlichen Grundsätze anzuwenden sind. Begünstigt, ja vielleicht erst ermöglicht wurde diese Auffassung durch die bedeutenden Arbeiten Georg Jellineks, der im Anschluß an Gerber das Untertanenverhältnis des Einzelnen zum Staat in eine öffentlich-rechtliche Rechtsstellung mit wechselseitigen Rechten und Pflichten („Status“) auflöste⁶⁷.

Rechtsstaatliche Grundsätze verlangen nach Freudenthal eine materiell-gesetzliche Grundlage für jeden Eingriff in die Individualsphäre des Gefangenen. Freudenthal kam folgerichtig zu dem Ergebnis, daß „in dem Verhältnis zwischen Staat und Gefangenem diesem nichts auferlegt werden darf, was nicht kraft Gesetzes in der richterlichen Freiheitsstrafe bei deren tunlichst reiner Durchführung über ihn verhängt ist“⁶⁸. Eine Rechtfertigung der damaligen Strafvollzugspraxis, die sich in den meisten Maßnahmen weder auf ein Gesetz noch auf eine Rechtsverordnung stützen konnte, suchte Freudenthal in der These, der Rechtsstaatsgedanke sei noch kein tragender Rechtsgrundsatz des deutschen Staatswesens geworden, sondern habe nur politische und programmatische Bedeutung. Aus der Erkenntnis eines Rechtsverhältnisses zwischen Staat und Gefangenem leitete Freudenthal zahlreiche Einzelfolgerungen ab: U. a. darf der Strafvollzug nicht zur Körper- und Ehrenstrafe werden; seine Auswirkungen dürfen nicht das Vermögen des Gefangenen angreifen und müssen sich auf die Person des Gefangenen beschränken⁶⁹. Der strafende Staat hat die Pflicht, in den Gefängnissen ein hygienisch einwandfreies Leben zu ermöglichen und Schutzmaßnahmen gegen Arbeitsunfälle zu treffen; er muß den unterhaltsberechtigten Angehörigen des Gefangenen und nach dessen Entlassung auch diesem selbst Fürsorge leisten⁷⁰. Unzulässig sind die Anrede des Gefangenen mit „Du“, das Kahlscheren des Kopfes, die ehrverletzende Unterscheidung von Zuchthaus- und Gefängnisgefangenen in der Kleidung⁷¹.

Diese Darlegungen Freudenthals übten einen kaum zu überschätzenden Einfluß aus. Ihnen folgten fast die gesamte deutsche Literatur und einige Strafvollzugsgesetzesentwürfe; in der Schweiz schloß sich u. a. Emil Zürcher der Lehre Freudenthals und Jellineks an⁷². Dagegen wurden diese

⁶⁶ Vgl. Krohne, Lehrbuch S. 346; ähnlich der Abgeordnete von Kirchmann bei der Beratung über den Entwurf eines Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund, Sten. Berichte, I. Legislaturperiode, Sitzung vom 4. 3. 1870, S. 177 f., und der Abgeordnete Auer, Sten. Berichte, IX. Legislaturperiode, Sitzung vom 31. 1. 1898, S. 856 f. Auch Otto Mayer hob noch 1886 hervor, daß die Aufnahme in die Strafanstalt kein Rechtsverhältnis begründe und der Gefangene daher keine Rechtsansprüche habe, vgl. Theorie S. 322.

⁶⁷ ZStW Bd. 32 (1911) S. 222.

⁶⁸ Vgl. besonders sein „System der subjektiven öffentlichen Rechte“, 1. Aufl. Freiburg (Mohr) 1892.

⁶⁹ Rektoratsrede S. 27, Gefängnisrecht S. 80 f.

⁷⁰ Rektoratsrede S. 24 ff., ZStW Bd. 32 (1911) S. 241, Gefängnisrecht S. 81.

⁷¹ Rektoratsrede S. 25 f., Gefängnisrecht S. 81 f.

⁷² ZStW Bd. 39 (1918) S. 504, Gefängnisrecht S. 81.

⁷³ In Hafner-Zürcher S. 96 ff.

Theorien in Frankreich zwar bekannt, blieben aber infolge ihrer Abstraktheit ohne maßgeblichen Einfluß.

Die deutsche Vollzugspraxis mußte sich freilich weiterhin mit bloßen Verwaltungsanordnungen begnügen, denen jeder Rechtssatzcharakter fehlte.

Die sog. Bundesratsgrundsätze („Grundsätze, welche bei dem Vollzug von Freiheitsstrafen bis zur weiteren gemeinsamen Regelung zur Anwendung kommen“) vom 28. Oktober 1897 waren rechtlich nur als unverbindliche Empfehlung an die Länder anzusehen⁷³. Den Vollzugsgrundsätzen vom 7. Juni 1923 wird dagegen der Charakter einer von den Ländern vereinbarten Verordnung zugesprochen⁷⁴; immerhin wurden sie im Reichsgesetzblatt veröffentlicht. Ein Vollzugsgesetzesentwurf des Reichsjustizministers vom 9. September 1927 blieb im Reichstag liegen.

Dieses Fehlen der gesetzlichen Grundlage suchte die Rechtslehre durch die verschiedensten Argumente zu rechtfertigen. Überwiegend wurde die Ansicht vertreten, das durch Gesetz bzw. Strafurteil begründete „besondere Gewaltverhältnis“, in dem der Gefangene stehe⁷⁵, oder das aus den Verwaltungsvorschriften gebildete Gewohnheitsrecht⁷⁶ stelle die Grundlage für alle Eingriffe durch die Verwaltung dar. Erwähnenswert ist ferner die Ansicht Kriegsmanns, der solche Einschränkungen der Rechte des Gefangenen für gedeckt hielt, die zur Durchführung des Strafzweckes durch die (gesetzlich anerkannte) staatliche Strafgewalt erforderlich sind⁷⁷.

Nimmt man rückblickend zu diesen Auffassungen kritisch Stellung, so erscheint die Meinung Kriegsmanns am wenigsten billigenswert, da sie das rechtliche Schicksal des Gefangenen von dem unseligen Streit über die Strafzwecke abhängig werden läßt.

Die mit dem Begriff des Vollzugsgewohnheitsrechtes argumentierende Ansicht hatte dagegen für die damalige Verfassungslage den Vorteil, daß unter der Geltung der Weimarer Reichsverfassung Eingriffe der Exekutive in die Individualsphäre des Bürgers auf Gewohnheitsrecht gestützt werden konnten⁷⁸. Doch erscheint sehr fraglich, ob die Voraussetzungen für die Umwand-

⁷³ Vgl. Maurach, Allgemeiner Teil § 59 II E 1 S. 637; Mittermaier, Gefängniskunde S. 9 sieht in ihnen eine Ländervereinbarung. Veröffentlicht sind die Bundesratsgrundsätze im Zentralblatt für das Deutsche Reich, 1897 S. 308, und im Reichsanzeiger vom 8. 11. 1897.

⁷⁴ Vgl. Robert von Hippel, Lehrbuch des Strafrechts, Berlin (Springer) 1932, S. 420; zustimmend Maurach a.a.O.; ähnlich Peters, Strafprozeß S. 547, Gr. Wolff, Strafvollzug S. 9. Die Verordnung über den Vollzug von Freiheitsstrafen findet sich im Reichsgesetzblatt 1923 Bd. II S. 263 ff.

⁷⁵ So: Basta, Diss. S. 26 ff.; Frosch, Diss. S. 9 ff.; Borchers, BlGefK Bd. 54 (1921) S. 24; Grünhut, in Frede-Grünhut S. 18; Jacobi, ZStW Bd. 50 (1930) S. 385 ff., 387 ff.

⁷⁶ So: Borchers a.a.O.; Franz Klein, Ein Strafvollzugsgesetz, LZ Jg. 14 (1920) Sp. 275–283, 276; Entwurf der Strafanstaltsbeamten zu einem Strafvollzugsgesetz, BlGefK Sonderheft A zu Bd. 47 (1913), Begründung S. 7.

⁷⁷ Einführung S. 162.

⁷⁸ Vgl. Gerhard Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919, 10. Aufl. Berlin (Stilke) 1929, Art. 114 Anm. 3 und 4; Art. 115 Anm. 2.

lung der von der Verwaltung erlassenen Vollzugsbestimmungen in Gewohnheitsrecht wirklich vorlagen⁷⁹.

Die Lösung der weiteren Frage, inwieweit die in der Weimarer Reichsverfassung garantierten Grundrechte auch dem Gefangenen zustanden, wurde dadurch erschwert, daß die Staatsrechtslehre den Grundrechtskatalog in bloße Programmsätze für den Gesetzgeber, institutionelle Garantien und echte Grundrechte (z. T. aber auch diese nur mit Wirkung gegenüber der Polizei) aufspaltete⁸⁰. Da die institutionellen Garantien nur ausnahmsweise dem Einzelnen ein subjektiv-öffentliches Recht gegenüber dem Staat gewähren, blieben von den zahlreichen Menschen- und Bürgerrechten der Reichsverfassung als echte Rechte nur wenige übrig; diese galten vorwiegend als kasuistische Konkretisierung des allgemeinen Gesetzesvorbehaltes und damit als so gut wie überflüssig⁸¹.

Diese Ausführungen dürften zeigen, daß in Deutschland spätestens die Weimarer Zeit sich ernsthaft mit der Rechtsstellung der Verurteilten befaßte und weitgehend verfassungsrechtliche Gesichtspunkte einbezog⁸²; jedenfalls das Problem der Geltung von Grundrechten im Gefangenschaftsverhältnis und der Einwirkung des Verfassungsrechtes auf das Gesamtgebiet des Strafrechtes war bereits klar erkannt⁸³.

Die Bemühungen in dieser Richtung wurden durch das nationalsozialistische Regime und seine Rechtsideologie abgebrochen. Im „völkischen Staat“ wurden die Grund- und Freiheitsrechte des Bürgers gegenüber dem Staat zugunsten einer allgemeinen „völkischen Rechtsstellung“ aufgegeben. Das Gesetz war nicht mehr Schranke der Staatsgewalt, sondern Mittel der staatlichen Führung. Zwar bezeichnete die Literatur weiterhin die Stellung des Gefangenen gegenüber dem Staat als Rechtsverhältnis⁸⁴, doch war sein Pflichtenkreis auf Grund eines weit begriffenen Anstaltszweckes „nahezu unermesslich“⁸⁵.

b) In Frankreich ging während dieser Zeit, d. h. nach 1900, die Erfassung der Rechtsstellung weit weniger stürmisch vor sich als in Deutschland. Das mag einmal damit zusammenhängen, daß in Frankreich rechtsstaatliche Grundsätze bereits seit der französischen Revolution zum Ge-

⁷⁹ A. A. Spannagel, Diss. S. 15 bei Anm. 61. – Weitere Argumente zur Begründung der Rechtsbeschränkungen im Gefangenschaftsverhältnis wurden z. B. per arg. a maiore ad minus aus § 116 StPO oder aus einer angeblichen stillschweigenden Ermächtigung des Gesetzgebers an die Verwaltung zum Erlass von Rechtsvorschriften auf dem Gebiete des Strafvollzuges abgeleitet; vgl. im einzelnen Spannagel, Diss. S. 15.

⁸⁰ Vgl. Anschütz a.a.O., Vorbem. 5 c, 6 und 7 zum II. Hauptteil.

⁸¹ Vgl. Anschütz a.a.O., Vorbem. 5 b.

⁸² Vgl. eingehend Peters, Kriminalpolitische Stellung S. 200 ff.; Frosch, Diss. a.a.O.; auch Jescheck, in Hugueney-Ancel Bd. II S. 291.

⁸³ Der Einfluß der Reichsverfassung auf das materielle Strafrecht wurde in den (im Schrifttumsverzeichnis aufgeführten) Dissertationen von Ross und Scherner behandelt; vgl. ferner Käckell, ZStW Bd. 41 (1921) S. 680 ff. und Kiesow, DJZ 1919 Sp. 870 ff.

⁸⁴ Vgl. Boehmann, Diss. S. 21.

⁸⁵ Boehmann, Diss. S. 85; vgl. auch Cuello Calón, Penología S. 262 f. in Anm. 1.

meingut geworden waren – wenn sie auch zweifellos nicht auf allen Gebieten verwirklicht wurden – und daß weiter die Stellung des Gefangenen bereits seit langem durch die „incapacités“ wenigstens für das Zivilrecht und Teile des öffentlichen Rechts in einigen Umrissen feststand.

Zusammenfassend und auch für die Zukunft wegweisend waren besonders die Arbeiten von Paul Cuche⁸⁶ und Georges Vidal, dessen Werk von Joseph Magnol fortgeführt wurde⁸⁷. Hervorzuheben ist ferner eine unter der Leitung des Doyen der Rechtswissenschaftlichen Fakultät von Montpellier, Alfred Légal, entstandene gründliche Dissertation von Perrier über die Rechtsstellung des Gefangenen. Auch hier wird auf die tiefgreifende Divergenz von Vollzugspraxis und unzulänglichen Vorschriften hingewiesen⁸⁸, wenngleich die Unzulänglichkeit der rechtlichen Regelung in Frankreich nicht so sehr an dem mehr formellen Mangel an Rechtsvorschriften als an dem beträchtlichen Alter und der Spärlichkeit der bestehenden Regelungen lag⁸⁹.

Da die Verfassung von 1875 keine Grundrechte nannte, war es streitig, ob in der III. Republik die 1789 proklamierten Menschen- und Bürgerrechte fortgalten oder nicht. Die wohl herrschende Meinung neigte zur Bejahung der Frage⁹⁰, kam mit Rücksicht auf den vorwiegend philosophischen Charakter der Erklärung von 1789 aber nur zur Annahme einer moralischen Bindungskraft dieser mehr als Prinzipien begriffenen „Rechte“.

So untersucht auch die sorgfältige Arbeit von Perrier zwar die Einschränkung der zivilen und politischen Rechte im Gefangenschaftsverhältnis, bestimmt diese Rechtsstellung jedoch ausschließlich nach dem positiven Recht, wie es sich in Dekreten und Erlassen niedergeschlagen hatte⁹¹. Immerhin erwähnte bereits zu Anfang des Jahrhunderts der Staatsrechtler Blum, daß die Gesellschaft zwar die Pflicht habe, ihre Mitglieder zu schützen und es daher jedem Rechtsbrecher unmöglich machen müsse, weiter zu schaden; mehr könne sie jedoch nicht tun: „Sobald der Störer zur Ohnmacht reduziert ist, muß die soziale Intervention aufhören – sonst verteidigt sich die Gesellschaft nicht mehr, sondern greift ihrerseits an.“ Hier findet sich also nicht nur eine Wiederaufnahme des Art. 8 der Erklärung von 1789, sondern zugleich ein Niederschlag der Hegelschen Idee von der Ehrung des Kriminellen als „Vernünftiges“. Ferner hob Blum hervor, der Verbrecher bleibe auch im Strafvollzug Mensch und als solcher Subjekt unveräußer-

⁸⁶ Vgl. seinen *Traité* sowie seinen Artikel „Überprüfung der Vollzugsgesinnung“ in RSC Bd. 1 (1936) S. 4 ff., wo er „eine Art kritisches Inventar des französischen Strafsystems“ aufstellte (S. 4) und die Vernachlässigung des Vollzugsrechts seit dem letzten Drittel des 19. Jahrhunderts beklagte (S. 8).

⁸⁷ Vgl. ihren *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, letzte (9.) Aufl. 1949.

⁸⁸ Vgl. Perrier, Diss. S. 25 ff.

⁸⁹ Zu dem Problem „Verwaltungsvorschrift – Rechtsvorschrift“ vgl. unten S. 54 f.

⁹⁰ Vgl. unten S. 64.

⁹¹ Vgl. a.a.O. S. 20.

licher Rechte⁹². Auch J. A. R o u x⁹³ erkannte an, daß der Kriminelle trotz der begangenen Straftat die Prärogativen eines Bürgers behält und durch die Verletzung der Gesetze seines Landes nicht die Rechte verliert, die er als menschliches Wesen hat. Zur Beschränkung der „Willkür und Phantasie“ der Vollzugsverwaltung forderte auch er eine gesetzliche Regelung des Strafvollzuges.

Blieben diese Bemerkungen verhältnismäßig allgemein und vage, so stellte die Commission pénale et pénitentiaire im Jahre 1929 recht konkrete Grundregeln zum Schutze der Gefangenen auf⁹⁴, und der Völkerbund diskutierte, hierdurch angeregt, auf seiner 12. Sitzung im August 1931 die Frage der Behandlung der Gefangenen.

In den folgenden Jahren wurde wiederholt vorgeschlagen, ein Strafvollzugsgesetz zu schaffen, und da die Erarbeitung eines solchen Gesetzes die Anerkennung einer Rechtsstellung des Gefangenen impliziert, ferner zu dieser auf der Grundlage des objektiven Vollzugsrechtes auch subjektive Rechtsgarantien gehören, zeigt bereits die bloße Tatsache dieser Vorschläge, daß auch Frankreich der Begriff einer festen Rechtsstellung des Gefangenen durchaus nicht unbekannt war.

Im wesentlichen um die subjektiven Rechte des Gefangenen und um eine Kodifizierung des Vollzugsrechtes gingen auch die Diskussionen auf dem 3. und 4. Internationalen Strafrechtskongreß im April 1933 und Juli 1937⁹⁵ und auf dem 10. Kongreß der Association Internationale de Droit Pénal in Paris 1937⁹⁶; positiv sprachen sich in dieser Hinsicht besonders der Italiener Novelli und der Pole Sliwowski aus⁹⁷.

Aber auch für Frankreich sollte es vorerst noch bei der überalterten, in jeder Hinsicht unzulänglichen Regelung durch verstreute Verwaltungsvorschriften bleiben.

c) Besondere Bedeutung wurde der Rechtsstellung des Gefangenen während dieser Zeit in Italien geschenkt⁹⁸.

Entsprechend dem deutschen (und schweizerischen) öffentlichen Recht kennt das italienische Recht eine strenge Unterscheidung von echten subjektiven Rechten (diritti soggettivi), rechtlich geschützten Interessen (interessi

⁹² La déclaration S. 168, 183.

⁹³ Revintdrpn Bd. 8 (1931) S. 9 f. im Anschluß an die Äußerung von Sir William Joynton-Hicks auf dem internationalen Gefängniskongreß im August 1925 in London (Actes du Congrès Bd. Ia [Bern, Stämpfli 1927] S. 4).

⁹⁴ Vgl. Ugo Conti, Commissione internazionale penale e penitenziaria, Rivdirpenit Bd. 3 (1932) S. 601–605.

⁹⁵ Vgl. Rivdirpenit Bd. 4 (1933) S. 285–371, 293–295.

⁹⁶ Zur Frage der Beteiligung des Richters am Strafvollzug vgl. die Berichte von Cheron, Shams, Casabianca, Novelli, Sliwowski, abgedruckt in Revintdrpn Bd. 14 (1937) S. 541 ff., 556 ff., 567 ff., 577 ff., 622 ff.; zusammenfassend Pinatel, Traité S. 91.

⁹⁷ A.a.O. S. 582, 585; 638 ff.

⁹⁸ Vgl. neben den Arbeiten von Novelli (ZStW Bd. 55 [1935] S. 201 ff., Revintdrpn Bd. 14 [1937] S. 577 ff.) auch Giuseppe-Ferruccio Falchi, Diritto penale esecutivo, 3 Bde. (Padua) 1934/35, und in Scpos Jg. 43 (1935) S. 1 ff. („I diritti soggettivi della persona detenuta“).

legittimi) und einfachen Interessen (interessi indiretti) oder Rechtsreflexen (diritti riflessi) ⁹⁹.

Einen ersten Schutz der Rechte – einschließlich der Grundrechte – des Gefangenen brachte die Strafprozeßordnung von 1913, die für die Entscheidung von Vollstreckungsfragen (incidenti dell'esecuzione) in einem sog. Zwischenstreitverfahren die Kompetenz eines Richters vorsah (ähnlich §§ 458, 462 der deutschen StPO). Die Strafprozeßordnung von 1930 übernahm dieses System, baute es zugleich weiter aus (vgl. Art. 628 C. p. p.) und gestattete einen Rechtsschutz auch im Vollzugsrechtsverhältnis. Hatte der Gefangene ursprünglich (vor 1913) nur ein Recht darauf gehabt, nicht eine nach Art und Dauer von der erkannten verschiedene Strafe zu erleiden und nach Strafverbüßung entlassen zu werden ¹⁰⁰, so gelangten Lehre und Rechtsprechung bald zu der Erkenntnis, daß sich auch aus Ehre, Vermögen und den Freiheitsrechten des Einzelnen subjektiv-öffentliche Rechte des Gefangenen ergeben.

Nach Novelli bestehen echte subjektive Rechte nur hinsichtlich der „wesentlichen“ Modalitäten des Vollzuges (z. B. aus dem gesetzlichen Ausschluß der Zellentrennung, der Regelung des Lohnes und der Aufgliederung der Anstaltstypen), während aus Normen, die lediglich den Vollzug als Institution organisieren, sowie aus Kann-Vorschriften keine Individualrechte ableitbar sind, da in ihnen keine Selbstbeschränkung der staatlichen Strafgewalt zum Ausdruck kommt ¹⁰¹. Die wichtigsten dieser „wesentlichen Einzelheiten“ (modalità essenziali) ergeben sich somit aus dem Strafgesetzbuch und der Strafprozeßordnung. Es handelt sich u. a. um die Rechte auf Einzelhaft bei Nacht, auf Vergütung der Arbeitsleistung, auf Unterbringung in der gesetzlich vorgesehenen Anstalt bzw. in besonderen Abteilungen der Anstalten, auf Feststellung des Geisteszustandes, auf Vergünstigungen nach Einreihung in die Bewährungsstufe, auf Aussetzung des Hausstrafverfahrens, solange wegen desselben Tatbestandes ein Strafverfahren schwebt ¹⁰².

B. Die allgemeine Entwicklung nach 1945

Der zweite Weltkrieg war für die Alliierten ein Kampf gegen die Erniedrigung und Mißachtung des Individuums und seiner natürlichen Rechte. Die Nachkriegszeit kannte daher in allen westlichen Ländern eine starke Wiederbelebung humanitären Denkens, das auch im Rechtlichen einen erheblichen Niederschlag fand.

1. Als bald nach 1945 begannen Frankreich und Belgien, ihr vom Krieg stark mitgenommenes Gefängniswesen wieder aufzubauen.

⁹⁹ Vgl. de Valles, Elementi S. 229 ff.; Novelli, Revintdrpén a.a.O. S. 588.

¹⁰⁰ Vgl. Manzini, Trattato Nr. 525 S. 43 f.; Novelli, ZStW a.a.O. S. 203.

¹⁰¹ Revintdrpén a.a.O. S. 586, 590; ZStW a.a.O. S. 207.

¹⁰² Vgl. die Zusammenstellung bei Grunau, Mat. Bd. 8, 1 S. 503 in Anm. 30 (mit Anführung der einschlägigen Vorschriften).

In Frankreich wurde dieses schwierige Werk tatkräftig von dem damaligen Direktor der Vollzugsverwaltung, P. Amor, angefaßt. Seine Nachfolger Charles Germain, Robert Lhez und Pierre Orvain setzten seine Arbeit fort und paßten das Gefängniswesen weitgehend den modernen Erkenntnissen der Kriminologie und der Kriminalpädagogik an. Über diese Leistungen der französischen Vollzugsverwaltung geben die jährlich veröffentlichten Berichte an das Justizministerium wertvolle Aufschlüsse ¹⁰³.

Immerhin erforderten diese praktischen Neuerungen genügend Energie und Arbeit, um demgegenüber die Theorie des Vollzuges etwas zu vernachlässigen. Einige Erlasse ergänzten notdürftig die völlig überholten Regelungen, die z. T. überhaupt nicht mehr angewandt wurden. Typisch hierfür sind etwa die Artikel 13 und 15 C. p.: „Der wegen Vaternord zum Tode Verurteilte ist mit einem Hemd bekleidet und mit nackten Füßen, den Kopf durch ein schwarzes Tuch bedeckt, zum Hinrichtungsort zu führen.“ (Art. 13 Abs. 1) „Die zu Zwangsarbeit Verurteilten sind zu den schwierigsten Arbeiten heranzuziehen; sie müssen an ihren Füßen eine Kugel nach sich ziehen oder sind zu je zweien durch eine Kette aneinander zu fesseln, wenn die Art der zu verrichtenden Arbeit es zuläßt.“ (Art. 15)

Diese Vorschriften waren nach herrschender Ausfassung durch allgemeine Nichtanwendung außer Kraft getreten ¹⁰⁴. Überhaupt ist für die theoretische Behandlung des rechtlichen Schicksals der Gefangenen für Belgien und Frankreich auffällig, daß die philosophisch-menschlichen Erwägungen im Schrifttum durchaus überwiegen und das Juristische meist mit einem Hinweis auf die bestehenden Reglements abgetan wird. Dabei stehen pädagogische Erwägungen im Vordergrund, und in Belgien wie in Frankreich wird noch heute häufig die Befürchtung geäußert, die Zuerkennung subjektiver Rechte könne den Gefangenen nur zu leicht aufsässig und überheblich machen ¹⁰⁵. Der Hinweis sei erlaubt, daß die neueren deutschen Erfahrungen mit einem umfassenden Rechtsschutzsystem für die Gefangenen diese Befürchtungen widerlegen. Aber auch kriminalpädagogisch ist darauf aufmerksam zu machen, daß die angeführte Ansicht selbst gerade im Gegenteil dazu führt, daß der Gefangene sich ohnmächtig der Willkür der Verwaltung ausgeliefert fühlt. Da die Gefangenen ferner meist ein sehr feines, wenn auch vielleicht übertriebenes Gerechtigkeitsempfinden haben, dürfte dieses Gefühl der Rechtlosigkeit einer Vorbereitung auf ein künftiges rechtmäßiges Leben in der Freiheit eher abträglich sein.

Des Unterschiedes zur deutschen (und italienischen) Rechtsauffassung wegen sei allerdings auch darauf hingewiesen, daß die französische und belgische Wissenschaft Rechte des Gefangenen häufig aus pädagogischen Voll-

¹⁰³ Vgl. das Literaturverzeichnis unter „Administration Pénitentiaire“.

¹⁰⁴ Vgl. Herzog, Revintdrpn Bd. 30 (1959) S. 95. Diese Rückständigkeit im normativen Bereich des Vollzuges war durchaus nicht auf Frankreich begrenzt. So war in verschiedenen schweizerischen Strafanstalten noch nach 1945 theoretisch z. B. das Anketten an die Wand und das Einsperren in ein eisernes Korsett möglich, vgl. Feigel, Diss. S. 233.

¹⁰⁵ Vgl. für Belgien: Dupréel, Revdrpncrim Bd. 41 (1960/61) S. 107 und Bd. 38 (1957/58) S. 177 f.; für Frankreich: Voulet, zit. nach RSC Bd. 13 (1953) S. 152.

zugserwägungen heraus anerkennt oder ablehnt¹⁰⁶. Da den Grundrechten der Verfassung bis vor kurzem in Frankreich nur politische Bedeutung beigelegt wurde, erscheint der Spielraum dieser Erwägungen erheblich, fehlt doch eine sie einengende Grundnorm.

So mag es auch verständlich erscheinen, daß die umfangreiche Schrift von Jacques Robert über „Die Verletzung der Grundrechte durch die Verwaltung“¹⁰⁷ Rechtsverletzungen im Strafvollzug nicht mit einem Satz erwähnt.

Allgemein herrschend wurde nach 1945 der Erziehungsvollzug (*traitement pénitentiaire*), wenngleich rechtliche Grundlagen für diese verstärkte Einwirkung auf den Rechtsbrecher höchstens andeutungsweise vorhanden waren. So bestand ein erheblicher Widerspruch zwischen einer fortschrittlichen Vollzugspraxis und überholten, unzureichenden rechtlichen Regelungen.

Rechtstheoretisch und kriminalpolitisch wies besonders die neue *défense sociale*-Bewegung auf die menschliche und rechtliche Stellung des Gefangenen gegenüber der Gesellschaft hin. Dieses aner kennenswerte Bemühen jener Richtung, die in Belgien und Frankreich heute vorherrscht, ist zwar einerseits ihr dogmatischer Bestandteil, doch dürfte andererseits die starke Hervorhebung einer gesicherten Stellung des Gefangenen auch darauf beruhen, daß die neue Lehre sich immer wieder gegenüber Mißverständnissen absetzen muß, die aus der offenkundigen Verknüpfung ihrer Bezeichnung mit der *difesa sociale*-Doktrin der Positivisten resultieren. Für die Positivisten der Jahrhundertwende war allerdings der Einzelne nur Objekt der Untersuchung und Beobachtung, wenn auch ein interessantes Objekt; so konnte rasch die Meinung aufkommen, auch die neue Bewegung, bemüht um einen wirksamen Schutz der Gesellschaft, müsse notwendig die Rechte des Einzelnen gering achten.

Demgegenüber betonten die Vertreter der neuen *défense sociale*, der heute so unterschiedliche Geister wie Marc Ancel in Frankreich und Filippo Gramatica in Italien anhängen, daß die neue Lehre nicht nur den Schutz der Gesellschaft, sondern auch – oder sogar primär – den des Individuums will¹⁰⁸. Die *défense sociale*-Lehre hebt heute auch für den Gefangenen hervor, daß dieser gegenüber der Gesellschaft echte subjektive Rechte hat und insbesondere die wesentlichen Grundrechte behält¹⁰⁹. Ruht die neue Bewegung auf dem Gedanken eines Schutzes der Gesellschaft durch die Besserung und Wiedereingliederung des Einzelnen, so erscheint es einer objektiven Betrachtung gleichwohl kaum fraglich, wer hier den Vorrang hat:

¹⁰⁶ Vgl. Clerc, SchweizZStrafR Bd. 77 (1961) S. 36; Dupréel a.a.O. Bd. 38 S. 177 f. Damit soll selbstverständlich nicht gesagt werden, daß der deutsche Strafvollzug nicht auch durch praktische Erfahrungen bestimmt wird, vgl. Jescheck, in Hugueney-Ancel Bd. II S. 290 und unten S. 101.

¹⁰⁷ *Les violations de la liberté individuelle commises par l'administration (Le problème de la responsabilité)*, Pichon-Durand-Auzias (Paris) 1956.

¹⁰⁸ Vgl. Ancel, RSC Bd. 13 (1953) S. 150; zurückhaltender aber fast alle übrigen Äußerungen, z. B. auch Robert Legros, Für eine erweiterte Soziale Verteidigung, ZStW Bd. 72 (1960) S. 315–351, 316.

¹⁰⁹ Vgl. Ancel a.a.O. S. 151 und in *Revintdrpn* Bd. 21 (1950) S. 186 f., ferner *La défense sociale* S. 163 f.

der Staat oder der Einzelne. Die deutliche Antwort ergibt sich aus der Forderung der *défense sociale*, den nicht zu bessernden Rechtsbrecher unschädlich zu machen. Die neue Lehre weist daher sachlich der Gesellschaft unbestreitbar den nur geringfügig eingeschränkten Primat zu.

Von einer rechtlichen Geltung der Menschen- und Bürgerrechte zugunsten des Gefangenen konnte bis in die jüngste Zeit keine Rede sein, galten dieselben doch sogar für den Freien, wie bereits erwähnt, generell nur im moralischen und politisch-programmatischen Sinne und mußten erst durch die ordentliche Gesetzgebung „organisiert“ werden¹¹⁰: Ein Strafvollzugsgesetz fehlte jedoch völlig, so daß der Gedanke, die Gefangenen könnten von den geltenden Verwaltungserlassen unabhängige Rechte haben, nicht auftauchen konnte.

Allerdings hat die historische Entwicklung gezeigt, daß durchaus fruchtbare Anknüpfungspunkte für die Herausarbeitung einer generellen Rechtsstellung des französischen (und belgischen) Strafgefangenen gegenüber dem Staat vorhanden waren. Zumindest hat jedoch die fehlende Durchsetzbarkeit dieser „Rechte“ lange den Blick dafür erschwert, daß es auch Rechte außer den von den Vollzugsreglements gewährten geben kann¹¹¹.

Als Beispiel für dieses mehr praktisch orientierte französische Rechtsdenken sei die Analyse eines so aufgeschlossenen Rechtsvergleichers wie Ancel zitiert, der erst in der direkten oder indirekten Beteiligung des Richters am Vollzuge den Ansatzpunkt für die „moderne Vorstellung von subjektiven Rechten des Gefangenen“ sieht¹¹².

Da andererseits auch die von den Reglements gewährten bloß tatsächlichen Vorteile im Beschwerdewege durchgesetzt werden konnten, wurde auch eine strenge Scheidung von echten subjektiven Rechten und bloßen Möglichkeiten (*facultés*) nicht durchgeführt, obwohl dieser Unterschied der französischen Rechtslehre im übrigen nicht unbekannt ist.

So erscheint es nicht ganz unberechtigt, wenn der Schweizer François Clerc noch im Jahre 1961 davon sprach, der Begriff der Rechte des Gefangenen sei für den französischsprachigen Juristen anscheinend neu¹¹³, und mit Nachdruck mußte zumindest nach 1945 noch Louis Hugueney fordern, den Gefangenen endlich aus der „Sklaverei der Vollzugsverwaltung“ zu lösen¹¹⁴.

Auch für den Bereich des Vollzugsrechts gilt daher die 1933 von André Hauriou ausgesprochene Feststellung, daß das Problem der Grundrechte in Frankreich nicht nur zwei Seiten habe – den Staat und den Bürger –, sondern daß eine in zwei Jahrhunderten erstarkte Verwaltung als dritte, eben so mächtige wie zweifelhafte Größe hinzukomme¹¹⁵. In diesem Zu-

¹¹⁰ Vgl. im einzelnen unten S. 63 ff., 106.

¹¹¹ Vgl. Cannat, *Revpénit* Bd. 77 (1953) S. 217; Clerc, *SchwZStrafR* Bd. 77 (1961) S. 34.

¹¹² *Etpénit* 1960 S. 9.

¹¹³ A.a.O.

¹¹⁴ Zit. nach Mouakeh, Diss. S. 39.

¹¹⁵ *Les libertés individuelles et l'administration*, in: *Les garanties des libertés individuelles*, Faculté de Droit de Toulouse, Paris (Sirey) 1933, S. 113–142, 115.

sammenhang sei auch darauf hingewiesen, daß die französische Wissenschaft noch heute von den Bürgern als „Verwalteten“ (*administrés*) spricht.

Infolge des Aufbaues des französischen Verwaltungsprozesses blieb die Erarbeitung von Begriff und Voraussetzungen des subjektiven öffentlichen Rechtes zugleich weit hinter der umfassenden Behandlung zurück, die dieser Fragenkreis seit Georg Jellinek in Deutschland gefunden hatte. Zwar war es auch in Frankreich nicht allgemein anerkannt worden, daß Duguit den Begriff des subjektiven Rechtes ganz aus dem Verwaltungsrecht entfernte, führte doch bereits sein Schüler Bonnard diesen in (zu) weitem Umfange alsbald wieder ein¹¹⁶. Noch heute fehlt aber eine allgemeine Darstellung des subjektiv-öffentlichen Rechtes in den verwaltungs- und verfassungsrechtlichen Lehrbüchern. Soweit es überhaupt erwähnt wird, wird es in wenigen Sätzen – überwiegend in der Konstruktion der „*situation subjective*“ – abgetan. Zu bemerken bleibt, daß die Schriften Jellineks bald nach ihrem Erscheinen in den ersten Jahrzehnten zwar eine nachhaltige Diskussion in der französischen staatsrechtlichen Literatur ausgelöst, jedoch nur bei Carré de Malberg Zustimmung gefunden hatten, während die übergroße Mehrzahl der Öffentlichrechtler (Esmein, Duguit, Hauriou) diese Arbeiten als Ergebnis typisch deutschen („germanischen“) Abstraktionsdenkens ablehnte.

Mag das subjektive Recht theoretisch von seiner Durchsetzbarkeit und von seinen Sanktionen durchaus zu trennen sein¹¹⁷, so verliert es doch für ein praktisches Denken sein Interesse, wenn es weder im Wege der Verwaltungsklage geltend gemacht werden kann noch seine Verletzung durch Schadensersatzansprüche oder Strafsanktionen gedeckt ist¹¹⁸.

Die letztgenannten Folgen aber erkannte Frankreich erst in neuester Zeit zögernd und vorsichtig an. Zutreffend bemerkt M a u r e l : „Die Menschenrechte (sc.: des Gefangenen) werden zwar nicht bestritten; gleichwohl wendet die Gesellschaft ein System des Zwanges an, das auf die Verneinung dieser Menschenrechte hinausläuft.“¹¹⁹

Erst im Jahre 1944 ließ das höchste Verwaltungsgericht Frankreichs, dem die gesamte Rechtslehre eine hohe Autorität beimißt, eine Schadensersatzklage bei Tötung von Gefangenen durch Verschulden der Vollzugsbeamten zu¹²⁰, nachdem bis dahin jeder auch nur indirekte Rechtsschutz verweigert worden war.

Diese neue Verwaltungsrechtsprechung, die wenigstens das Recht auf Leben praktisch anerkannte und sanktionierte, wurde durch zwei Urteile aus dem Jahre 1948 bestätigt¹²¹. Den letztgenannten Erkenntnissen liegt

¹¹⁶ Vgl. dazu L a u b a d è r e, *Traité* S. 19 f. Nr. 13; D a b i n, *Droit subjectif* S. 5 ff. Neuestens: Paul Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Paris (Dalloz) 1963, bes. S. 145 ff., 411 ff.

¹¹⁷ Vgl. L a f e r r i è r e, *Manuel* S. 963.

¹¹⁸ Für das französische Verwaltungsrecht stand auch Otto M a y e r auf diesem mehr praktischen Standpunkt, vgl. bereits oben S. 37 in Anm. 65.

¹¹⁹ *Revpénit* Bd. 73 (1949) S. 375.

¹²⁰ Vgl. C. E. vom 26. 5. 1944 (*demoiselle Serveau*), *Rec.* S. 153.

¹²¹ Vgl. C. E. vom 30. 1. 1948 (*veuves Bernard et Cros*), *Rec.* S. 47 f. = RA Bd. 1 (1948) Nr. 2 S. 28 f. = J.C.P. 1948, II, Nr. 4133 (mit concl. Céliér).

kurz folgender Sachverhalt zugrunde: Die Gefangenen Bernard und Cros befanden sich wegen Kollaborationsverdachts kurz nach der Befreiung Frankreichs (Dezember 1944) im *maison d'arrêt* von Béziers; am 20. Dezember drangen bewaffnete Zivilisten von außen in das Gebäude ein und überwältigten die Wärter, die so gut wie keinen Widerstand leisteten. Die Eindringlinge erzwangen den Zutritt zu der Zelle des Untersuchungsgefangenen Cros und erschossen ihn. Auf ähnliche Weise kamen Vater und Sohn Bernard am 29. Dezember 1944 bzw. am 2. Januar 1945 um.

Der Conseil d'Etat (unter Vorsitz von René Cassin) entsprach den Schadensersatzklagen der Witwen und führte in seinen Gründen aus, unter den gegebenen Umständen liege ein schweres Verschulden des Vollzugspersonals vor, für das die Verwaltung haften müsse.

Damit erkannte der Conseil d'Etat nach der zutreffenden Analyse des Urteils durch die französische Rechtswissenschaft praktisch an, daß die Gefangenen zumindest ein Recht auf Leben und äußere Sicherheit haben¹²². In einem weiteren Urteil dehnte der Staatsrat den Schutz auf das Recht auf Gesundheit aus¹²³. Streitig und ungeklärt bleibt freilich weiterhin, ob ein Schadensersatzanspruch an die Voraussetzung eines schweren Verschuldens der Vollzugsverwaltung (*faute lourde de service*) geknüpft ist oder ob auch jedes leichte Verschulden genügt. Die Rechtslehre spricht sich im zweiten Sinne aus, da in jedem Fall ein „Angriff auf die Freiheit und Würde der menschlichen Person“ vorliege¹²⁴.

Aber auch hinsichtlich der Strafsanktionen nimmt die Rechtsprechung noch allzu sehr auf die nicht immer leichte Aufgabe der Verwaltung Rücksicht¹²⁵, wobei die Rechtslehre allerdings darauf hinweist, daß der mehr statischen Strafvollzugsverwaltung weniger weitgehende Zugeständnisse als der im Einsatz befindlichen uniformierten Polizei zu machen sind¹²⁶.

Einen weiteren praktischen Schritt in der Richtung der Zuerkennung einer geschützten Grundrechtsstellung des Gefangenen bedeutete die Sanktion des Rechtes auf körperliche Unversehrtheit. Eine lange Rechtsprechung hatte hier hinsichtlich der Arbeitsunfälle von Gefangenen das Gesetz vom 9. April 1898 auf die Insassen von Strafanstalten für unanwendbar erklärt, da dieses nur für die freien Arbeiter gelte, der Gefangene hingegen in keinem Arbeitsvertrag zum Staat stehe¹²⁷.

Nach langen Vorbereitungen erkannte ein Gesetz vom 30. Oktober 1946 dem Gefangenen bei Verletzung durch Arbeitsunfall einen Schadensersatz-

¹²² Vgl. Pinatel, *Traité* S. 93 f. und in RSC Bd. 8 (1948) S. 761 f. Dieses Recht ist in neuester Zeit durch die Auswirkungen des Algerienkonfliktes bis in die Gefängnisse hinein wieder höchst aktuell geworden, vgl. die Berichte in *Le Monde* Nr. 5308 v. 9. 2. 1962 S. 2, Nr. 5329 v. 7. 3. 1962 S. 3, Nr. 5343 v. 23. 3. 1962 S. 3.

¹²³ C. E. v. 30. 1. 1948 (Topower), Rec. S. 48 = RA a.a.O. S. 29.

¹²⁴ Vgl. Liet-Veaux, RA a.a.O. S. 29, 32; zustimmend Pinatel, *Traité* S. 94 und a.a.O. S. 762 (das Argument *a contrario* Pinatels für Friedenszeiten aber nicht unbedenklich).

¹²⁵ Vgl. unten S. 181 in Anm. 9.

¹²⁶ Vgl. Liet-Veaux a.a.O.

¹²⁷ Vgl. Henrotte, *Revpénit* Bd. 75 (1951) S. 74 mit Nachw.

anspruch zu. Damit wurde in Frankreich dem Gefangenen gesetzlich ein erstes subjektives Recht anerkannt ¹²⁸.

Die Vorstellung, daß erst damit die Entwicklung einer Rechtsstellung des Gefangenen begann, mag zwar dem deutschen Rechtsdenken fremd erscheinen. Sie wird jedoch – wie bereits angedeutet – dadurch erklärt, daß in Frankreich der Begriff des Rechtsstaates (Prinzip der „*légalité*“) stärker als in Deutschland an den Begriff des Gesetzes – als des Ausdruckes der *volonté générale*, vgl. Art. 6 der Erklärung von 1789 – gebunden ist. Nach 1945 wurde jedenfalls häufig mit Mißfallen darauf hingewiesen, daß es für einen Rechtsstaat inkonsequent ist, beträchtliche Garantien für die Freiheitsrechte des Angeklagten aufzustellen und den gesetzlichen Schutz der Verurteilten völlig zu vernachlässigen ¹²⁹.

Die Entwicklung fand ihren vorläufigen Abschluß durch den Erlaß des Code de procédure pénale von 1958, der am 2. März 1959 in Kraft getreten ist und in seinen Art. 712 ff. die gesetzliche und damit rechtsstaatliche Grundlage für einen modernen Strafvollzug gibt. Zusammen mit zahlreichen Ausführungsbestimmungen stellt diese neue Regelung ein wahres Strafvollzugsgesetzbuch („Code pénitentiaire“) ¹³⁰ dar.

Nach diesem ist der Vollzug längerer Freiheitsstrafen ein Erziehungsvollzug (Art. 728 C. p. p.), der zur Durchführung des traitement eine Reihe verschiedener Arten von Strafanstalten benötigt, um die verschiedensten Erziehungsmittel und -methoden zur Verfügung zu haben: Anstalten für nichterziehbare Verbrecher (Poissy, Riom, Fontevrault, Clairvaux, Beaune), Anstalten mit progressivem Erziehungssystem (Ensisheim, Caen, Mulhouse, Melun), halboffene Anstalten (pénitencier agricole de Casabianca u. a.) und Anstalten, die eine Berufsausbildung vermitteln (Centre de formation professionnelle d'Ecrouves, Toul und das Schulgefängnis in Oermingen) ¹³¹.

Seit 1950 werden die zu einer Freiheitsstrafe von mehr als zwei Jahren verurteilten Männer nach einer Beobachtung im Centre national d'orientation von Fresnes auf diese Anstalten verteilt.

Freilich bietet auch die neue Regelung, die zahlreiche Rechte der Gefangenen anerkennt, keinen echten Schutz gegen die Willkür der Verwaltung. Der „Strafvollzugsrichter“ (juge de l'application des peines) ist zur Beurteilung oder Kontrolle der Akte der Vollzugsverwaltung gegenüber den Anstaltsinsassen nicht zuständig ¹³². So bestehen lediglich eine gegenseitige Kontrolle seitens der Vollzugsbeamten, die eine Art „Equipe“ bilden, und der interne Beschwerdeweg.

Immerhin mögen schon diese kurzen Andeutungen zeigen, daß der französische Strafvollzug seit dem Ende des zweiten Weltkrieges in praktischer

¹²⁸ Vgl. Henrotte a.a.O. S. 92, auch Richard, *Le crime* S. 202.

¹²⁹ Henrotte a.a.O. S. 70 spricht von einem „Graben“ zwischen der Stellung vor und nach der Verurteilung; ähnlich Maurel, *Revpénit* Bd. 73 (1949) S. 378.

¹³⁰ Herzog, *Revindtrpén* Bd. 30 (1959) S. 89, 96; Tiedemann, *Combat* Nr. 5405 S. 7; Richard a.a.O. S. 189 f., 197.

¹³¹ Einen ersten Überblick geben: Germain, *Eléments* S. 56 f.; Orvain, *Rapport* 1959 S. 21 f.; Richard, a.a.O. S. 200 f.

¹³² Vgl. Art. 721 ff. C. p. p.; dazu unten S. 187 f. sowie Richard a.a.O. S. 203.

wie in rechtlicher Hinsicht nicht nur eine erhebliche Verbesserung, sondern eine geradezu revolutionierende Reform erfahren hat.

2. In Deutschland brachte das Grundgesetz vom 23. Mai 1949 eine Wiederherstellung des von der nationalsozialistischen Herrschaft zerstörten Rechtsstaates: materiell durch die Statuierung von Grundrechten mit juristischer Geltungskraft (vgl. Art. 1 Abs. 3 GG), formell durch das Prinzip der Gewaltenteilung (vgl. Art. 20 Abs. 3 S. 2 GG) als Schutz dieses Grundrechtssystems.

Zu dem Erlaß eines Strafvollzugsgesetzes des Bundes ist es allerdings bisher trotz vielfacher Bemühungen noch nicht gekommen. Z. Z. ist eine bundeseinheitliche „Dienst- und Vollzugsordnung“ in Kraft, die als Vereinbarung der Landesjustizverwaltungen am 1. Dezember 1961 ergangen und am 1. Juli 1962 in Kraft getreten ist. Sie baut auf dem „Entwurf einer Dienst- und Vollzugsordnung für die Vollzugsanstalten der Länder der Bundesrepublik“ auf, dessen (dritte) Fassung auf der Sitzung des Unterausschusses des Strafvollzugausschusses der Länder in Stuttgart vom 23. bis 25. Februar 1959 formuliert wurde.

Damit hat der Strafvollzug in der Bundesrepublik eine durch den föderalistischen Aufbau unseres Staatswesens lange hinausgezögerte Vereinheitlichung erfahren. Das eigentliche gesetzliche Reformwerk soll freilich einem zu erwartenden Bundesstrafvollzugsgesetz vorbehalten bleiben, und es ist zu hoffen, daß dieses nach mehr als hundertjahrelangen Forderungen bald zustande kommt. Charakteristika der Dienst- und Vollzugsordnung von 1961 sind die modernen Elemente der Individualisierung und der Erziehung, wie sie besonders klar und zusammenfassend in Nr. 57 DVollzO ausgedrückt sind: „Der Vollzug der Freiheitsstrafe soll dazu dienen, die Allgemeinheit zu schützen, dem Gefangenen zu der Einsicht zu verhelfen, daß er für begangenes Unrecht einzustehen hat, und ihn wieder in die Gesellschaft eingliedern. Der Vollzug soll den Willen und die Fähigkeit des Gefangenen wecken und stärken, künftig ein gesetzmäßiges und geordnetes Leben zu führen.“ (Abs. 1) „Zur Erreichung dieser Ziele soll der Vollzug auf die Persönlichkeit des Gefangenen abgestellt werden, soll dessen schädlichen Neigungen entgegenwirken und günstige Ansatzpunkte ausnützen.“ (Abs. 2)

In Deutschland wurde neben dem praktischen Reformwerk auch die pädagogische und menschliche Seite der Stellung des Gefangenen nicht vernachlässigt. Vor allem Karl Peters hat in seiner „Kriminalpädagogik“ auf die menschliche Subjektstellung des Gefangenen hingewiesen und durch seine Lehre vom personalen Bezug der Strafe auch rechtlich ausgebaut¹³³.

Einen vorläufigen Abschluß fand die rechtsstaatliche Entwicklung in Deutschland durch den Erlaß der Verwaltungsgerichtsordnung von 1960, die in einer ihrer Schlußbestimmungen eine richterliche Legalitätskontrolle der Vollzugsverwaltung festlegt¹³⁴.

¹³³ Vgl. Kriminalpädagogik S. 92 f. und in Württenberger, Kriminologie S. 64 f., 67 (auch Fischer, NJW 1962 S. 259).

¹³⁴ Vgl. im einzelnen unten S. 190 ff.

3. Auch im internationalen Bereich brachte die Zeit nach 1945 intensive Bemühungen um die Erarbeitung einer echten Rechtsstellung des Gefangenen.

Nach umfangreichen Vorarbeiten nahmen die Vereinten Nationen (1. Kongreß über die Verhütung von Verbrechen und die Behandlung von Straffälligen) am 30. 8. 1955 einstimmig die „Gesamtheit der Mindestregeln für die Behandlung der Inhaftierten“ an.

Wenngleich dieser Resolution keine rechtliche Bedeutung im engeren Sinne zukommt, stellt sie doch für alle Staaten eine nicht übersehbare moralische und programmatische Grundlage für die Behandlung der Gefangenen dar. Es besteht weitgehende Einigkeit darüber, daß den zahlreichen Rechten, die diese Minima-Regeln statuieren, entsprechende Verpflichtungen der Vollzugsverwaltung gegenüberstehen¹³⁵. Der hohe Wert dieser Erklärung wird bereits dadurch sichtbar, daß die einschlägige französische und deutsche Literatur ihre Bestimmungen durchgehend neben dem nationalen Recht zitiert.

Befaßte sich die Minima-Erklärung der Vereinten Nationen vorwiegend mit der Herstellung der materiellen Bedingungen für ein menschliches Leben in den Strafanstalten, so zielten seit 1958 Arbeiten des Europarates für einen räumlich begrenzten Bereich ganz auf die dem Gefangenen verbleibende Rechtsstellung. Das Comité européen des problèmes criminels faßte auf seiner ersten Sitzung vom 30. Juni bis 3. Juli 1958 eine Resolution hinsichtlich der prinzipiellen Anerkennung des Wahlrechtes und des Rechtes auf Heirat während der Gefangenschaft¹³⁶. Ein von ihm gebildetes Unterkomitee sollte die communis opinio der europäischen Juristen für die Anerkennung einer echten Rechtsstellung des Gefangenen erarbeiten. Dieser Aufgabe kam das Unterkomitee in drei Sitzungen in Paris und Straßburg nach; an ihnen nahmen unter dem Vorsitz des Schweizer Professors François Clerc von französischer Seite der langjährige Direktor der Administration pénitentiaire, Charles Germain, und von belgischer Seite Professor Jean Dupréel, Directeur général der belgischen Vollzugsverwaltung, teil. Deutschland war durch Regierungsdirektor Dr. Josef Herzog vom Bundesjustizministerium vertreten.

Am 7. und 8. Oktober 1959 diskutierte das Hauptkomitee die gefundenen Lösungen¹³⁷ und nahm im Dezember 1960 die vom Unterkomitee gemachten Vorschläge in einer Empfehlung von 16 Artikeln an. Diese Resolution, als Zusatz zu den Minima gedacht, wird den nationalen Gesetzgebern als Modell empfohlen und ist bei Schweigen der nationalen Gesetze als Ausdruck des europäischen Rechtsbewußtseins anzusehen (vgl. Art. 2 Abs. 2 der Resolution).

¹³⁵ Vgl. Lopez-Rey, RevIntcrimpo1techn 1955 S. 170. Die Minima behandeln im wesentlichen nur diejenigen Rechte des Gefangenen, die mit dem täglichen Ablauf des Strafvollzuges verknüpft sind, also seinen modus vivendi. Davon zu unterscheiden sind solche Rechte, die von der Ordnung in der Strafanstalt normalerweise nicht berührt werden; zur Schwierigkeit dieser Grenzziehung vgl. Clerc, SchwZStrafR Bd. 77 (1961) S. 35 und Tiedemann, JZ 1962 S. 246.

¹³⁶ Vgl. Clerc aa.O. S. 36, Tiedemann aa.O. S. 247.

¹³⁷ Vgl. Clerc, SchwZStrafR Bd. 74 (1959) S. 432 ff.

Im Jahre 1961 nahm die vom 5. bis 7. Juni in Paris tagende europäische Justizministerkonferenz die „Empfehlung betreffend das Wahlrecht sowie die zivilen und sozialen Rechte des Strafgefangenen, Angeschuldigten oder Verurteilten“ einstimmig an¹³⁸.

Es dürfte im Sinne einer fruchtbaren europäischen Rechtsvereinheitlichung liegen, wenn man sie zur Behebung von Zweifelsfragen in den nationalen Vollzugsrechtssystemen heranzieht¹³⁹.

Endlich wurde die Frage einer Rechtsstellung des Strafgefangenen auch vom 7. Internationalen Strafrechtskongreß (Dritte Sektion) vom 26. September bis 2. Oktober 1957 in Athen behandelt; auch hier zeichnete sich eine klare Tendenz zur Vermeidung jeder übermäßigen oder unnützen Rechtsberatung ab.

¹³⁸ Vgl. Anhang S. 201–203.

¹³⁹ Vgl. Tiedemann a.a.O. S. 247; zur europäischen Strafrechtsangleichung vgl. Heinrich Grützner, Schritte auf dem Weg zu einem Europäischen Strafrecht, NJW 1961 S. 2185–2190.

II. ABSCHNITT

Das formelle Verhältnis von Verfassungsrecht und Strafvollzugsrecht

Untersucht man das Verhältnis des Verfassungsrechtes zum Recht des Strafvollzuges, so ergibt sich, wie bereits einleitend angedeutet, zunächst eine mehr formelle Beziehung beider Rechtsgebiete.

Diese wesentlich „äußere“ Einwirkung des Verfassungsrechtes auf den Strafvollzug besteht darin, daß die Verfassung Normen darüber enthalten muß, wie die den Vollzug bestimmenden rechtlichen und verwaltungsmäßigen Regelungen im gewaltenteilenden Rechtsstaat zustande kommen. Sie gibt damit zugleich Auskunft über die verfassungsmäßige „Herkunft“ des Strafvollzugsrechtes.

Überleitend zum materiellen Verhältnis beider Rechtsgebiete wird damit ferner die Frage angesprochen, welchen Rang die derart zustande gekommenen Vollzugsregeln in der Hierarchie der Rechtsquellen einnehmen.

1. Für die Bundesrepublik Deutschland bestimmt Art. 74 Nr. 1 GG, daß der Bund die Zuständigkeit zum Erlaß von Gesetzen auf dem Gebiet des Strafvollzuges hat. Der Strafvollzug selbst ist dagegen in seiner tatsächlichen Durchführung Sache der Länder¹, wie auch Art. 83 GG generell bestimmt, daß die Ausführung von Bundesgesetzen den Ländern obliegt.

a) Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes ist eine konkurrierende, d. h. die Länder haben ebenfalls das Recht zur Strafvollzugsgesetzgebung, solange der Bund von seinem Recht noch keinen Gebrauch gemacht hat. Ebenso wie der Bund haben auch die deutschen Länder bisher ihr Gesetzgebungsrecht in dieser Materie noch nicht ausgenutzt; würden sie es tun – was mit Rücksicht auf die bestehende bundeseinheitliche Dienst- und Vollzugsordnung und die Vorbereitung eines Strafvollzugsgesetzes durch den

¹ Ebenso ist in der Schweiz der Strafvollzug Sache der Kantone, vgl. Art. 374 Abs. 1 S. 1 SchwStGB. Hinsichtlich der Gesetzgebungskompetenz ist diese Rechtslage jedoch nur für das formelle Vollzugsrecht (einschließlich der Behördenorganisation) unstreitig. Aus der angeblichen Zugehörigkeit des Vollzugsrechtes zum materiellen Strafrecht wird z. B. von Burckhardt, Kommentar Art. 64bis Anm. II 5, gefolgert, der Bund sei zur Gesetzgebung auf dem Gebiet des materiellen Vollzugsrechtes zuständig; ähnlich nimmt G. Delaquis, Das Verhältnis zwischen Bund und Kantonen im Vollzug der Freiheitsentziehungen gegenüber Erwachsenen gemäß Artikel 64bis der Bundesverfassung, Diss. Zürich 1936, S. 38 eine Bundeskompetenz jedenfalls insoweit an, als die Charakterisierung der Strafen in ihrem wesentlichen Inhalt in Frage steht. – In der Praxis hat der Bund auf die Ausübung der ihm nach der Ansicht Burckhardts zustehenden Befugnisse verzichtet.

Bund kaum wahrscheinlich ist –, so wären sie dabei an die über Art. 123 Abs. 1 GG als Bundesrecht fortbestehenden wenigen Vollzugsbestimmungen des Reichsstrafgesetzbuches von 1871 gebunden. Diese Folge ergibt sich aus Art 31 GG, nach dem Bundesrecht Landesrecht bricht.

Würde ein deutsches Land noch vor dem Bund ein Strafvollzugsgesetz erlassen, so ergäbe sich die verfassungsrechtlich interessante Frage, ob und gegebenenfalls inwieweit das Land auch an nicht ausdrücklich geschriebene (stillschweigende) Wertungen des geltenden Reichsstrafgesetzbuches gebunden ist (vgl. § 2 Abs. 1 EG StGB). Daß das Reichsstrafgesetzbuch bereits durch die Statuierung einiger Vollzugsbestimmungen jede weitere gesetzliche Regelung der einschlägigen Fragen habe ausschließen wollen, kann mit Rücksicht auf die bereits oben S. 36 erwähnten Äußerungen bei den gesetzgeberischen Beratungen und den frühen Bemühungen um eine gesetzliche Regelung des Vollzuges nicht angenommen werden².

Andererseits ist aber noch einmal daran zu erinnern, daß das geltende Reichsstrafgesetzbuch den Erziehungstendenzen im Vollzug ursprünglich feindlich gegenüberstand. Daher läßt sich die Frage, ob ein Bundesland rechtlich gehindert wäre, etwa das Prinzip des Erziehungsstrafvollzuges gesetzlich festzulegen, nicht ohne weiteres von der Hand weisen. So hat etwa das Reichsgericht nach Einführung des Grundsatzes der freien Beweiswürdigung durch die Reichsstrafprozeßordnung von 1877 landesrechtlichen dolus-Vermutungen die Geltung abgesprochen³, und der Bundesgerichtshof hat ein bayerisches Gesetz, in dem die Selbstbefreiung Gefangener für strafbar erklärt worden war, mit Rücksicht auf die implizite Wertung der §§ 120 ff. StGB für ungültig gehalten⁴.

Bei Beantwortung der aufgeworfenen Frage wäre davon auszugehen, daß die §§ 14–42 StGB das kriminalpolitische Programm des Strafgesetzgebers von 1871 deutlich wiedergeben sollten⁵. Diese historischen gesetzgeberischen Vorstellungen sind jedoch nicht allein maßgebend. Spätere Änderungen müßten außerdem berücksichtigt werden, und diese lassen (besonders in den §§ 23 ff., 42 a ff. StGB) zumindest erkennen, daß die kriminalpolitischen Ziele und Vorstellungen des Gesetzgebers nicht für alle Zukunft unwandelbar richtungweisend sind. Jedenfalls im Ergebnis wird man daher dazu kommen müssen, daß im Reichsstrafgesetzbuch nicht ausdrücklich normierte Fragen der Kriminalpolitik durch Landesgesetz, in dem eine heute allgemein herrschende Anschauung vom Wesen der Strafe und ihres Vollzuges zum Ausdruck kommt, geregelt werden können.

b) Zur Ausführung eines zu erlassenden Bundesgesetzes können die Länder Ausführungs- und Durchführungsvorschriften erlassen, die im Wege der Rechts- und (oder) Verwaltungsverordnung ergehen würden. Die erste-

² Zum Wert dieser historisch-subjektiven Auslegungsmethode und zum „historischen Klima“ eines Gesetzes vgl. Tiedemann, JR 1962 S. 7.

³ RGSt 20 S. 321–326, 323 f.; ebenso Karl Binding, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. II, 1 Leipzig (Meiner) 1916 S. 1221 in Anm. 43.

⁴ BGHSt 4 S. 396–402, 401.

⁵ Vgl. Schwarz-Dreher, StGB Anm. A vor § 1.

ren würden als Rechtsetzungen der Exekutive im gewaltenteilenden Rechtsstaat einer legislativen Ermächtigung bedürfen (vgl. Art. 80 Abs. 1 GG), die in manchen Landesverfassungen zugunsten der Landesregierung generell enthalten ist (vgl. Art. 55 Bayer. Verf., Art. 124 Bremer Verf., Art. 107 hess. Verf., Art. 110 Verf. von Rheinland-Pfalz). Die letzteren ergehen dagegen auf Grund der Weisungsgewalt der Exekutive an weisungsabhängige, nachgeordnete Organe und Ämter; sie stellen allgemeine Verwaltungsvorschriften im Sinne der Art. 84 Abs. 2, 85 Abs. 2 GG dar.

c) Der Rechtscharakter der Länderordnungen, die bis zum 1. Juli 1962 den Strafvollzug regelten, war nicht ohne weiteres klar.

Das deutsche Recht unterscheidet herkömmlicherweise⁶ streng zwischen Rechtssätzen (einschließlich Rechtsverordnungen) und Verwaltungsregeln (insbesondere Verwaltungsverordnungen). Eine Reihe von Rechtssätzen kann dabei durch eindeutige formelle Kriterien bestimmt werden: Verfassungsrechtssätze kommen durch die verfassungsgebende Gewalt oder durch eine in der Verfassung selbst vorgeschriebene Weise zustande (vgl. Art. 79 ff. GG); formelle Gesetze werden durch die Organe der Gesetzgebung in einem förmlichen, von der Verfassung geregelten Verfahren beschlossen (vgl. Art. 76 ff. GG); Satzungen sind Rechtsetzungen selbständiger, unterstaatlicher Verbände zur Regelung ihrer eigenen Angelegenheiten; Rechtsvereinbarungen sind vertragsförmig erfolgte allgemeine Regelungen einer nicht organisierten Mehrheit von Verwaltungssubjekten; Gewohnheitsrecht endlich entsteht durch allgemeine Übung eines bestimmten Verhaltens in der Überzeugung der Rechtllichkeit über lange Zeit.

Abgesehen von der Möglichkeit des Gewohnheitsrechtes, die bereits oben S. 38 f. abgelehnt worden war, scheiden diese Arten von Rechtssätzen für die Vollzugsordnungen der Länder offensichtlich aus.

Dagegen sind sogen. Verwaltungsverordnungen zwar auch generelle und abstrakte Vorschriften; ihnen fehlt jedoch der Rechtssatzcharakter, da sie nur verwaltungsinterne Verbindlichkeit haben, also keine Rechtswirkung gegenüber dem Bürger äußern⁷.

Im einzelnen kann man mit der herkömmlichen Lehre als Gruppen solcher Verwaltungsverordnungen etwa nennen: Dienstvorschriften, Verwaltungsanweisungen, Anordnungen im Rahmen eines besonderen Gewaltverhältnisses. Da solche Verwaltungsvorschriften keine Rechtsnormen sind, haben die Gerichte nicht ihre richtige Anwendung nachzuprüfen: Der Inhalt einer Verwaltungsverordnung ist grundsätzlich bedeutungslos für die Frage, ob ein Verwaltungsakt den Anforderungen der Legalität entspricht oder nicht.

Diese Unterscheidung von Rechtsnormen und Verwaltungsvorschriften erklärt sich aus der dem deutschen Recht eigenen Unterscheidung von

⁶ Vor allem seit Laband, vgl. Herbert Krüger, Rechtsverordnung und Verwaltungsanweisung, Festschrift für Rudolf Smend, Göttingen (Schwartz) 1952, S. 211–241, 212.

⁷ Vgl. BVerwG NJW 1959 S. 1843 f.; Forsthoff, Verwaltungsrecht § 7 A F. 119 ff.; Christian-Friedrich Menger, Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, VerwArch Bd. 51 (1960) S. 64–78, 72; Wolff, Verwaltungsrecht I § 24 II b 1 β.

Außen- und Innenverhältnis der Verwaltung. Sie kehrt in der Unterscheidung von Verwaltungsakt und innerdienstlicher Weisung innerhalb des besonderen Gewaltverhältnisses wieder. Verwaltungsverordnungen bleiben in der Innensphäre der Verwaltungsorganisation als eines Rechtssubjektes, während Rechtsnormen unmittelbare Außenwirkung haben und das Rechtsverhältnis mehrerer Rechtssubjekte zueinander regeln.

Trotz dieser mehr materiellen Erklärung des Unterschiedes wird die Frage, ob eine (wirksame) Rechtsverordnung vorliegt, hauptsächlich nach formellen Gesichtspunkten beurteilt. Die Art dieser Kriterien ergibt sich aus der Einsicht, daß eine Rechtsverordnung materielles, von der Verwaltung gesetztes Recht ist. Da nach dem Grundsatz der Gewaltenteilung primär die Gesetzgebungsorgane zum Erlaß materiell-rechtlicher Vorschriften berufen sind, ist die Befugnis der Verwaltung zum Erlaß von Rechtsverordnungen an strenge Voraussetzungen geknüpft: Sie muß durch Gesetz hierzu ermächtigt sein, wobei das betreffende Gesetz Inhalt, Zweck und Ausmaß der Ermächtigung bestimmen muß (vgl. für Bundesverordnungen Art. 80 Abs. 1 GG). Die Landesverfassungen bestimmen als weiteres formelles Erfordernis eine Verkündung der Rechtsverordnungen (vgl. z. B. Art. 71 Abs. 2 Verf. von Nordrhein-Westfalen).

Die Vollzugsordnungen der Länder waren in der Regel vom jeweiligen Justizminister erlassen und nicht formell verkündet, d. h. weder in einem Gesetz- oder Verordnungsblatt noch in einem anderen zur Verkündung von Rechtsnormen bestimmten Organ veröffentlicht. Darüber hinaus ist eine legislative Ermächtigungsgrundlage für ihren Erlaß nicht ersichtlich.

Nach diesen Ausführungen konnten die Vollzugsordnungen der Länder keine Rechtssätze (Rechtsverordnungen) darstellen⁸.

Es ist jedoch zu berücksichtigen, daß die dargelegte herkömmliche Unterscheidung sich heute infolge des Vordringens der Leistungsverwaltung gegenüber der klassischen Eingriffsverwaltung mehr und mehr verwischt und den Bedürfnissen des Rechtsschutzes nicht gerecht wird⁹.

Allerdings gibt bereits der allgemeine Gleichheitssatz eine Möglichkeit, den Verstoß gegen längere Zeit angewandte Verwaltungsverordnungen als Rechtsverletzung zu erfassen¹⁰. Darüber hinaus räumt jedoch eine neuere Lehre gewissen Verwaltungsvorschriften Rechtssatzcharakter ein. Wolff spricht insoweit von „Sonderverordnungen“, als die abstrakte Regelung besonderer Gewaltverhältnisse in Frage steht¹¹; Strafanstaltsordnungen legt

⁸ Zu diesem Ergebnis gelangen: Depenbrock, Diss. S. 21 f. und in NJW 1963 S. 89–91, 90 (Zur rechtlichen Bedeutung der neuen Dienst- und Vollzugsordnungen im Strafvollzug); Spannagel, Diss. S. 41 ff. (für die baden-württembergische Strafvollzugsordnung vom 2. 4. 1953); Baumann, Eb. Schmidt-Festschrift S. 527 f. Zum Stand der Diskussion um die rechtliche Bedeutung der Verwaltungsvorschriften im Arbeits- und Sozialrecht vgl. Schwankhart, Kriegsofferversorgung 1963 S. 101 ff. mit Nachw.

⁹ Vgl. im einzelnen Forsthoff, Verwaltungsrecht § 7 A 3 S. 128.

¹⁰ Vgl. BVerwG NJW 1959 S. 1843 f.; H. Lanz, Selbstbindung der Verwaltung bei Ermessensausübung, NJW 1960 S. 1797 f.; Wolff, Verwaltungsrecht I § 24 II b 1.

¹¹ Verwaltungsrecht I § 25 VIII.

er materiellen Gesetzescharakter bei¹². Die für die Anstaltsordnungen ausgesprochene Ansicht gilt erst recht für die Vollzugsordnungen der Länder.

Diese neuere, die faktischen Verhältnisse zutreffend berücksichtigende Auffassung ist insbesondere an Hand des Steuerrechtes entwickelt worden; Bühler kennzeichnet für dieses Rechtsgebiet die Gesamtheit der Verwaltungsvorschriften als ein „Ergänzungsrecht“, das „im Range hinter Gesetzes- und Rechtsverordnungsrecht zurücksteht – aber eben doch Recht darstellt“¹³. Durch diesen Teil der Rechtsordnung werden zwar keine zusätzlichen Rechtspflichten begründet, doch können bereits bestehende deutlicher bezeichnet werden¹⁴.

Für das Gebiet des Strafvollzuges ist dieser Auffassung zuzustimmen, wenden sich doch die in Frage stehenden Regeln weitgehend auch nach außen, d. h. an die Strafgefangenen. Die Ermächtigung zur Rechtsetzung kann dabei heute im Anschluß an Wolff¹⁵ im Gewohnheitsrecht gefunden werden. (Diese Ansicht bedeutet keinen Widerspruch zu der oben S. 38 f. abgelehnten Auffassung des Vollzugsrechtes als eines Gewohnheitsrechtes.

¹² A.a.O. § 25 VIII a 1; ähnlich für das Beamtenrecht BGHZ NJW 1958 S. 1352.

¹³ Ottmar Bühler, Steuerrecht Bd. I 2. Aufl. Wiesbaden 1953, S. 65.

¹⁴ Vgl. Bühler-Strickrodt a.a.O. Bd. 1, 1. Halbbd. 3. Aufl. Wiesbaden 1959, S. 100.

¹⁵ A.a.O. § 25 VIII; zustimmend OLG Hamm NJW 1961 S. 693 f. = JVB1 1961 S. 141 f.; ebenso im Ergebnis Altenhain, JVB1 1962 S. 55 ff. und in DRiZ 1963 S. 8 ff., 11 mit umfassenden Nachw. aus der Rechtsprechung; a. A. Schwarz-Kleinknecht, StPO Anm. 2 zu § 24 EGGVG. Das OLG Hamm JVB1 1963 S. 58 = NJW 1963 S. 224 hatte die umstrittene Frage gem. § 29 Abs. 1 S. 2 EGGVG dem BGH zur Entscheidung vorgelegt. Dieser hat die Vorlage mit Beschluß vom 9. 4. 1963 (NJW 1963 S. 1214 f.) für unzulässig erklärt, da sich der Strafvollzug nach Landesrecht richte. Dieses Argument muß verwundern, seit BGHSt 4 S. 138 (ff.) = NJW 1953 S. 1073 = JZ 1953 S. 476 ausgeführt hat, mit dem klaren Wortlaut des § 121 Abs. 2 GVG sei die Ansicht nicht vereinbar, eine Pflicht zur Vorlage komme nur bei behaupteter Verletzung von Bundesrecht in Frage. Die Rechtslehre hat diesen Ausspruch durchweg im Hinblick auf die teleologische Erwägung, die Vorlagepflicht diene der Wahrung einer einheitlichen Rechtsprechung, dahin verstanden, daß diese Pflicht auch bezüglich des Landesrechts gelte, vgl. Schwarz-Kleinknecht, StPO Anm. 4 zu § 121 GVG; Eb. Schmidt, Lehrkommentar Bd. III (1960) Randn. 15 zu § 121 GVG; Sarstedt, Die Revision in Strafsachen, 4. Aufl. 1962 S. 35; a. A. Peters, Strafprozeß S. 530 (ohne Begründung). Auch wird allgemein angenommen, daß die mit der Vorlagepflicht zusammenhängende Frage für §§ 120 III, 121 II GVG und § 29 I EGGVG gleich ist, vgl. Kleinknecht a.a.O. Anm. 3 zu § 120 GVG und zu § 29 EGGVG; Schmidt a.a.O. Randn. 10 zu § 120 GVG und Randn. 7 zu §§ 28, 29 EGGVG. Einheitliche Geltung aber bedeutet entgegen der Ansicht des BGH nicht Identität der Rechtsquellen, sondern inhaltliche Übereinstimmung, wie die Rechtsprechung etwa zu Art. 125 GG, auf den sich der BGH beruft, anerkannt hat (vgl. BVerfG 4 S. 178–189, 184). Gerade die Zielsetzung der bundeseinheitlichen Vereinbarung der Dienst- und Vollzugsordnung(en) erweist das mit aller Deutlichkeit.

Allerdings meint Baumbach-Lauterbach, ZPO 27. Aufl. 1963 § 29 EGGVG Anm. 2, daß die Zulässigkeitsvoraussetzungen der §§ 24 ff. EGGVG aus dem § 29 Abs. 1 S. 2 EGGVG auszuschneiden haben, da die mit solchen Fragen befaßte Entscheidung nicht „auf Grund des § 23 ergangen“ sei; vgl. demgegenüber aber Hanack, Der Ausgleich divergierender Entscheidungen in der oberen Gerichtsbarkeit, 1962, S. 222 f. Kritisch zu dem Beschluß des BGH auch Altenhain, NJW 1963 S. 1463 f.

Vielmehr kann durchaus eine gewohnheitsrechtliche Rechtsetzungsbefugnis bestehen, ohne daß die einzelnen Ausflüsse dieser Befugnis jeweils selbst Gewohnheitsrecht darstellen.)

Die förmliche Bekanntmachung ist dadurch ersetzt, daß jeder Strafgefangene von der ihn betreffenden Vollzugsordnung Kenntnis erhält.

d) Der Rechtscharakter der heute geltenden Dienst- und Vollzugsordnung vom 1. Dezember 1961 ist in ähnlicher Weise zu bestimmen.

Generell kommen als öffentlich-rechtliche Vereinbarungen zwischen Bundesländern insoweit nur Staatsverträge, Regierungs- und Verwaltungsabkommen in Betracht, wobei die beiden letzteren meist als „Verwaltungsabkommen“ zusammenfassend bezeichnet werden¹⁶. Die Unterscheidung von Staatsvertrag und Verwaltungsabkommen richtet sich weder nach der Bezeichnung der in Frage stehenden Vereinbarung noch nach dem Verfahren, in dem sie ausgearbeitet wurde. Vielmehr liegt ein Staatsvertrag dann vor, wenn für die Landesbürger Rechte und Pflichten begründet werden, während ein Verwaltungsabkommen anzunehmen ist, wenn die behördliche Behandlung von Verwaltungsangelegenheiten geregelt wird, wenn der Regelungsgegenstand also auch durch Verwaltungsvorschriften geordnet werden könnte¹⁷.

Das Recht zum Abschluß von Verwaltungsabkommen folgt aus der Organisations- und Verwaltungshoheit der Länder: „Wer Verwaltungsvorschriften erlassen darf, darf in seinem Bereich auch Abkommen über den Inhalt seiner Verwaltungsvorschriften treffen.“¹⁸ Dagegen fließt das Recht zum Abschluß von Staatsverträgen aus der allgemeinen Herrschaftsbefugnis der Länder, die das Grundgesetz in Art. 30 neben der partiellen völkerrechtlichen Handlungsfähigkeit (Art. 32) anerkennt.

Da hier die Rechtsstellung eines Teiles der Landesbürger (der Strafgefangenen) geregelt werden sollte, war an sich ein Staatsvertrag erforderlich, den abzuschließen die Landesregierungen bzw. die Regierungschefs zuständig sind. Die in Baden-Württemberg, Bayern, Hessen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz und im Saarland vorgeschriebene Zustimmung des Landtages ist jedoch nicht erfolgt und war auch nicht beabsichtigt; ebenso fehlt jede Ratifikation durch die Regierungschefs. Insofern deutet doch das eingehaltene Verfahren auf das Vorliegen eines Verwaltungsabkommens hin¹⁹. Allerdings kann, wie ausgeführt, Inhalt eines solchen nur sein, was ein Land im Wege von Verwaltungsvorschriften regeln kann, und rechts-

¹⁶ Vgl. v. Mangoldt-Klein, GG Art. 59 Anm. V 3 S. 1152; Wilhelm Grewe, Verwaltungsabkommen, AöR Bd. 77 (1951/1952) S. 370–372, 370.

¹⁷ Vgl. Schneider, VVdStRL Heft 19 (1961) S. 9 f.; v. Mangoldt-Klein a.a.O. Anm. V 3 c S. 1153, V 5 S. 1154; Maunz, Staatsrecht S. 216; Maunz-Dürig, GG Art. 59 Randn. 39.

¹⁸ v. Mangoldt-Klein, a.a.O. Anm. V 4 S. 1154.

¹⁹ Hans Schneider, Staatsverträge und Verwaltungsabkommen zwischen deutschen Bundesländern, DÖV 1957 S. 644–651, 648 bezeichnet zutreffend gerade die Beschlüsse der Länder-Ressortminister als Verwaltungsabkommen.

staatlichen Vorstellungen würde es mehr entsprechen, wenn die Rechtsstellung der Gefangenen durch Gesetz geregelt würde. Die Vereinbarung der Dienst- und Vollzugsordnung sollte jedoch nicht das zu erwartende Bundesstrafvollzugsgesetz vorwegnehmen, sondern nur die bisherige Vielzahl von Länderordnungen vereinheitlichend ersetzen. Da die Ländervollzugsordnungen formell nur Verwaltungsvorschriften waren, wurde die Dienst- und Vollzugsordnung nach Verfahren und Willen der Beteiligten als Verwaltungsabkommen vereinbart.

Die Vereinbarung war zulässig, da der geregelte Gegenstand der Herrschaftsbefugnis der Gliedstaaten des Bundes unterliegt: Diese haben nicht nur gem. Art. 74 Nr. 1 GG die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz für den Strafvollzug, sondern führen in der Regel selbst Bundesgesetze als eigene Angelegenheit aus (Art. 83 GG)²⁰. Als Verwaltungsabkommen ist die Dienst- und Vollzugsordnung auch richtigerweise von den Landesjustizministern vereinbart worden, da in der Zuweisung eines Geschäftsbereiches an einen Minister (durch Landesverfassung oder Landesgesetz) gleichzeitig die Ermächtigung liegt, das Land insoweit zu vertreten²¹.

Fraglich bleibt, ob das Verwaltungsabkommen die Länder so weit bindet, daß diese den Strafvollzug – ohne Kündigung des Abkommens – nicht mehr gesetzlich regeln können. Es handelt sich bei der Dienst- und Vollzugsordnung zwar nicht um (mehr unverbindliche) „Richtlinien“ oder „Grundsätze“, wie sie als Ressortabkommen besonders in der Form der Beschlüsse der ständigen Kultusministerkonferenz häufig sind. Gleichwohl ist die Frage nach einer Bindung der Landeslegislative zu verneinen, da die vertragliche Verpflichtung nur so weit geht, wie die Zuständigkeit der Landesexekutive reicht. „Nur in bezug auf den Herrschaftsbereich ‚Verwaltung‘ entstehen vertragliche Bindungen der Länder untereinander.“²²

Da gesetzliche Regelungen des Abschlusses von Verwaltungsabkommen fehlen, jedenfalls aber eine Mitwirkung der Landtage nicht stattfindet, auch eine Publikation in den allgemeinen Verkündungsblättern nicht erforderlich ist, wurde die Dienst- und Vollzugsordnung rechtlich wirksam vereinbart. Für ihren Rechtscharakter gilt das zu den Ländervollzugsordnungen Ausgeführte entsprechend.

e) Zur Frage des konkurrierenden Gesetzgebungsrechtes des Bundes bleibt hervorzuheben, daß Art. 72 Abs. 2 GG diese Bundeskompetenz an die Voraussetzung eines Bedürfnisses nach bundesgesetzlicher Regelung knüpft. Dieses Bedürfnis liegt für die Normierung des Strafvollzuges unzweifelhaft vor.

²⁰ Insofern würden die Länder auch im Falle einer Regelung des Strafvollzuges durch ein künftiges Bundesgesetz eine Normsetzungsbefugnis behalten.

²¹ Vgl. Schneider, VVdStRL a.a.O. S. 26.

²² Vgl. Schneider a.a.O. S. 9. Die Annahme eines Staatsvertrages würde praktisch insoweit zu keinem anderen Ergebnis führen, da ein solcher zwar das Land als geschlossene Herrschaftseinheit – also auch die Legislative – bindet, das vertragswidrige Landesgesetz jedoch nicht als nichtig anzusehen ist, vgl. Schneider a.a.O. S. 9, 15.

2. Für Frankreich erleichtert die verfassungsrechtliche Struktur der Republik als eines Einheitsstaates den Überblick. Schwierigkeiten ergeben sich jedoch aus der teilweisen Aufgabe des klassischen Gewaltenteilungsprinzips und einer höchstens ansatzweise vorhandenen Unterscheidung von „Innen“ und „Außen“ in der Lehre von der Verwaltungsorganisation des Staates.

a) Nachdem sich das Parlament in der IV. Republik infolge seiner Aufsplitterung in zahlreiche Gruppen und Parteien unfähig gezeigt hatte, den Anforderungen zu genügen, die eine moderne Zeit mit ihren ökonomischen und sozialen Notwendigkeiten an die gesetzgebenden Körperschaften stellt, beschränkt Art. 34 der Verfassung vom 4. Oktober 1958 das Gesetzgebungsrecht des Parlamentes auf eine Reihe im einzelnen aufgezählter Materien. Zu diesen Gebieten gehören, soweit hier von Bedeutung, „die staatsbürgerlichen Rechte und die den Bürgern gewährten fundamentalen Garantien zur Ausübung der Freiheitsrechte, . . . die Bestimmung von Verbrechen und Vergehen sowie die darauf stehenden Strafen; das Strafverfahren; die Amnestie; die Schaffung neuer Gerichtsbarkeiten“.

Was dabei unter den „Garantien zur Ausübung der Freiheitsrechte“ zu verstehen ist, bleibt dunkel, und die französische Staatsrechtslehre hebt hervor, man könne dieser Formel „jeden gewünschten Sinn geben“²³.

Ist somit durch Anwendung des Enumerationsprinzips das Gesetz für die V. Republik zur Ausnahme geworden²⁴, so stellen die Verordnungen der Regierung (des Ministerpräsidenten, vgl. Art. 21 Verf. 1958) die Regel dar. Ob diese Ausflüsse der Verordnungsbefugnis (*pouvoir réglementaire*) materiellen Gesetzescharakter haben, ist in der Rechtslehre umstritten²⁵. Festzuhalten ist jedoch, daß es heute in Frankreich neben dem herkömmlichen „unselbständigen“ *pouvoir réglementaire* (Befugnis zum Erlaß von Durchführungsverordnungen für vom Parlament erlassene Gesetze) einen „selbständigen“ *pouvoir réglementaire* gibt, der zusammen mit dem sachlich beschränkten *pouvoir législatif* des Parlamentes die Normsetzungsbefugnis (*pouvoir normatif*) des französischen Staatswesens darstellt²⁶. Entsprechend dieser Kompetenzaufteilung stellt Art. 37 Verf. noch einmal ausdrücklich klar, daß die Regierung auf allen nicht von Art. 34 genannten Gebieten durch Verordnung die bisher ergangenen Gesetze abändern kann. Bemerkenswert bleibt, daß alle Verordnungen nach französischer Rechtsauffassung zwar abstrakte und generelle Vorschriften darstellen, jedoch infolge ihres Ursprunges eine Art genereller Verwaltungsakt bleiben und daher direkt

²³ Chapus, D. 1960 Chr. S. 122.

²⁴ Unstreitig, vgl. Vedel, *Droit administratif* S. 32, 164; Duverger, *Droit public* S. 101.

²⁵ Dafür die wohl herrschende Meinung unter Zugrundelegung eines materiellen Gesetzesbegriffes.

²⁶ Für eine einheitliche Auffassung der Verordnungsbefugnis aber Vedel a.a.O. S. 37.

der Anfechtungsklage (*recours pour excès de pouvoir*) unterliegen²⁷. Spricht auch diese Tatsache für die Verneinung des Gesetzescharakters der selbständigen Verordnungen, so kann die diesbezügliche Streitfrage für uns doch dahinstehen²⁸:

Die Übergangsbestimmung des Art. 92 Verf. 1958 gab der französischen Regierung nämlich das Recht, innerhalb eines Zeitraumes von vier Monaten nach Inkrafttreten der Verfassung auf allen Gebieten Regelungen mit Gesetzeskraft zu treffen. Die Regierung hat von dieser ihr delegierten Befugnis auf den hier interessierenden Gebieten durch eine Reihe von Ordonnances zur Reform der Einrichtungen des Gerichtswesens und des Strafvollzuges Gebrauch gemacht. Ergebnis dieser Erlasse sind eine Änderung des Code pénal von 1810 und der neue Code de procédure pénale von 1958, der damit an die Stelle des Code d'instruction criminelle trat. Die bisher im Strafgesetzbuch befindlichen wenigen und veralteten Vollzugsbestimmungen wurden aufgehoben und das Recht des Strafvollzuges im 5. Buch der Strafprozeßordnung niedergelegt.

All diese Neuerungen sind trotz der Kürze der zur Verfügung stehenden Zeit einheitlich und wie aus einem Guß, wie selbst ihre Kritiker zugeben. Natürlich konnte sich die Regierung bei der Abfassung dieser Vorschriften weitgehend auf frühere Entwürfe und ähnliche Anregungen aus Fachkreisen stützen.

Steht hinsichtlich der Vollzugsvorschriften der Art. 710 ff. C. p. p. mit Rücksicht auf Art. 92 Verf. der Gesetzesrang fest, so sind die zahlreichen hierzu ebenfalls ergangenen Aus- und Durchführungsbestimmungen als Ausfluß der unselbständigen Verordnungsbefugnis anzusehen.

b) Eine mehr äußerliche Folge des Art. 34 Verf. ist es, daß nunmehr der Code pénal und der Code de procédure pénale aus mehreren Teilen bestehen:

²⁷ Vgl. Vedel a.a.O. S. 33, 167; Laubadère, Manuel S. 188, 190; Levasseur, Scpos Bd. 14 (1960) S. 267; Burdeau, Libertés publiques S. 60. Das gilt selbst für Zirkulare und ähnliche nach deutscher Auffassung ohne „Außenwirkung“ bleibende Akte; einzige Voraussetzung der Anfechtbarkeit ist insofern, daß es sich wenigstens um Maßnahmen handelt, die von einer gewissen Gewichtigkeit sind, vgl. Gazier, concl. in Sachen Comité catholique des parents etc., C. E. v. 1. 4. 1949, D. 1949 Jur. S. 531–534, 533.

²⁸ Die Lösung dieser Streitfrage hängt wesentlich davon ab, ob man mit einer verbreiteten Ansicht dafürhält, die neue Verfassung gehe von einer neuen materiellen Definition des Gesetzes nach der Regelungsmaterie aus (so: Waline, Droit administratif Nr. 208; Burdeau, Droit constitutionnel S. 125 f., 510, 514 f.) oder ob man dazu neigt, die herkömmliche Definition des Gesetzes nach dem es erlassenden Organ beizubehalten (so: Chapus a.a.O. S. 125; Hauriou, Droit constitutionnel S. 442, 446). Die zweite Auffassung würde dazu führen, den selbständigen Verordnungen (nur) denselben Rang wie den unselbständigen Verordnungen zuzuerkennen: Die Verwaltung muß secundum et intra legem, die „autonome“ Verwaltung muß secundum legem bleiben. Eine Möglichkeit des Widerspruches zwischen Gesetz und selbständiger Verordnung würde nach der zweiten Auffassung also nur deshalb entfallen, weil es auf dem Gebiet der selbständigen Verordnung nach der Verfassung (Art. 34, 37) gar kein Gesetz geben kann.

Der erste Teil stellt insofern im traditionellen Sinne die eigentliche Kodifikation dar, als nur er der „gesetzgeberische“ Teil des jeweiligen Code ist. Der zweite Teil umfaßt die *règlements d'administration publique* und *décrets en Conseil d'Etat*; seine Bestimmungen sind durch den Buchstaben „R.“ vor der Nummer des Artikels gekennzeichnet. Ein dritter Teil mit der Bezeichnung „D.“, ein vierter (Bezeichnung „A.“) und fünfter Teil (Bezeichnung „C.“) ergänzen als Ausführungsvorschriften die eigentliche Strafprozeßordnung durch einfache Dekrete, Ministerialerlasse und -zirkulare.

So ist der Strafvollzug in Frankreich heute durch Art. 710 ff. C. p. p. und die Ausführungsverordnungen D. 70 ff. C. p. p. geregelt.

c) Die Hierarchie der Rechtsquellen stellt sich somit für Frankreich wie folgt dar:

Für Gebiete, auf denen das Parlament Gesetze erlassen kann (einschließlich der im Wege des Art. 92 Verf. geregelten Materien): Verfassung – Verfassungsgesetz (*loi organique*) – (gewöhnliches) Gesetz – vom Präsidenten der Republik unterzeichnete Verordnungen – vom Premierminister unterzeichnete Verordnungen – Ministerialerlasse – Präfektoralerlasse – kommunale Erlasse; für alle übrigen Gebiete: Verfassung – vom Präsidenten der Republik unterzeichnete Verordnungen usw. (wie oben).

Hieraus wird ersichtlich, daß ein Konflikt zwischen Gesetz und selbständiger Verordnung (*règlement autonome*) in keinem Fall auftreten kann.

d) Mit der Vorstellung, daß j e d e r Ausfluß der Exekutive notwendig ein (wenn auch genereller) Verwaltungsakt bleibt, ist trotz der neuerlichen Aufspaltung des *pouvoir normatif* eine materielle Aufrechterhaltung des Gewaltenteilungsprinzips gewährleistet. Da jedoch die Frist für die Anfechtungsklage begrenzt ist, wirkt sich der Erlaß von Verordnungen im praktischen Ergebnis gleichwohl als Rechtsetzung aus.

Mit dieser weiten Ausdehnung der Verwaltungsbefugnisse mag es andererseits auch zusammenhängen, daß eine Scheidung von Innen- und Außensphäre des „Rechtssubjektes“ Verwaltung höchstens ansatzweise vorhanden ist²⁹. Grundsätzlich wenden sich die gesetzmäßig erlassenen Verwaltungsverordnungen auch an die Einzelnen, nicht nur an die nachgeordneten Behörden. Jedenfalls die im besonderen Gewaltverhältnis stehenden Einzelnen werden ganz als Teil des inneren Bereiches der Verwaltung begriffen („*la vie intérieure d'un service*“). Die Maßnahmen, die das Gefangenschaftsverhältnis durch generellen oder individuellen Verwaltungsakt konkretisieren, sind daher „innere Maßnahmen“ (*mesures d'ordre intérieur*).

Nur für andere Gebiete als den Strafvollzug ist überhaupt anerkannt, daß Maßnahmen im besonderen Gewaltverhältnis zum (rechtlich relevanten) Verwaltungsakt werden können, wenn sie auf das Grundverhältnis durch-

²⁹ Nach P e l l o u x, Einf. zu *Essais* Bd. I S. 177 ist die Scheidung von Rechtsatz und Verwaltungsvorschrift dem französischen Rechtsdenken überhaupt fremd; vgl. aber auch die Bemerkungen bei V e d e l a.a.O. S. 142 f.

schlagen, wenn also das „statut“ (z. B. des Schülers durch Ausschluß von der Schule oder durch Nichtversetzung) berührt wird ³⁰.

Vergleichend sei darauf hingewiesen, daß auch nach der spätkonstitutionellen Staatsrechtslehre in Deutschland (Anschütz, Thoma, G. Jellinek, Laband) noch alle Anordnungen im besonderen Gewaltverhältnis nicht unter die Definition des Rechtssatzes fielen, da dieses ebenfalls als der Innensphäre der Rechtsperson „Staat“ zugehörig begriffen wurde, der Einzelne also nicht als Staatsbürger, sondern als Beamter, Schüler, Soldat usw. betroffen wurde ³¹.

Zusammenfassend läßt sich somit festhalten, daß der Strafvollzug in Frankreich z. Z. in den Art. 710 ff. C. p. p. mit Gesetzeskraft, in den Art. D. 70 ff. C. p. p. dagegen durch Vorschriften mit dem Charakter genereller Verwaltungsakte geregelt wird.

³⁰ Vgl. Vedel aa.O. S. 144; Tiedemann, RSC Bd. 22 (1962) S. 494.

³¹ Vgl. Wolff, Verwaltungsrecht I § 24 II b 1.

III. ABSCHNITT

Das materielle Verhältnis von Verfassungsrecht und Strafvollzugsrecht

A. Der Normbereich des Verfassungsrechtes

1. In Frankreich hat seit 1789 ein besonderes Dokument, die „Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte“, die Einbeziehung der grundlegenden Rechte des Individuums in die Verfassungsurkunde ersetzt. Diese auf den ersten Blick nur methodisch bedeutsame Lösung ist bis in die neueste Zeit Anlaß heftigen Streites darüber gewesen, ob die Grundfreiheiten an der juristischen Bindungswirkung des übrigen positiven Verfassungsrechtes teilhaben.

a) Dabei stimmte das Ziel der französischen Rechtserklärungen und insbesondere das der berühmten Deklaration vom 26. August 1789 durchaus mit dem von anderen Staaten durch direkte Aufnahme in den Verfassungstext erstrebten überein: die Grenzen der Staatsgewalt gegenüber dem Individuum festzulegen.

Zur Zeit der Revolution von 1789 herrschte noch die Vorstellung, daß die Nationalversammlung die Individualrechte nur feststellte und feierlich verkündete, diese Rechte selbst aber als vorstaatlich von vornherein bestehen und ihre Verletzung daher eine Rechtsverletzung ist¹.

Es ging somit der Revolution nicht nur um eine politische, sondern auch um eine rechtliche Begrenzung der Staatsallmacht.

Im einzelnen kannte die Revolution als Gesetzeskategorien die genannte Deklaration, die Verfassungsgesetze und die gewöhnlichen Gesetze. Entsprechend waren der Verfassungsgesetzgeber der Deklaration, der ordentliche Gesetzgeber den Verfassungsgesetzen und damit ebenfalls der Deklaration unterworfen². So sollte die Erklärung von 1789 für alle Zeiten rechtlich bindend sein.

Schon unter der Verfassung vom 25. Februar 1875 wurde jedoch die Geltung dieser in der Erklärung von 1789 niedergelegten Grundfreiheiten erheblich angezweifelt, da die damalige Verfassung die genannte Erklärung nicht einmal erwähnte. Es wurde vorgebracht, jede neue Verfassung setze

¹ Vgl. Couzinet, Les déclarations S. 28.

² Vgl. Couzinet a.a.O. S. 56.

die vorherige außer Kraft, so daß die Erklärung von 1789 höchstens im Range eines ordentlichen Gesetzes weitergelten könne. Immerhin kam die herrschende Lehre, wenn auch auf verschiedenen Wegen, zur Annahme einer Fortgeltung der Verfassungsprinzipien von 1789³.

Zugleich brachte das 19. Jahrhundert eine grundlegende Umwandlung des Begriffes der Grundfreiheiten als Abwehrrechte gegenüber dem Staat. Weniger wichtig war allerdings noch die im Anschluß an Rousseau und seinen Schüler Maury entwickelte jakobinische Theorie, daß zu den Grundfreiheiten auch die Teilnahme an Entscheidungen der Regierung gehöre. Großen Einfluß gewann dagegen die marxistische Unterscheidung von echten und scheinbaren Grundrechten, die auf der durch die Entwicklung eines Industrieproletariats begünstigten Einsicht beruhte, daß die tatsächliche Ausübung der Freiheitsrechte weitgehend an materielle Voraussetzungen geknüpft ist, die zu jener Zeit nur wenigen offenstanden. Nimmt man noch den nach Überwindung der hochliberalen Wirtschaftsauffassung auftretenden Gedanken hinzu, daß eine Intervention des Staates zugunsten des Einzelnen in gewissem Rahmen nötig ist, so wird das Auftreten sozialer Grundrechte und damit die Umwandlung des herkömmlichen Freiheitsrechtssystems verständlich.

Waren der juristische Wert der Freiheitsrechte und besonders die verfassungsrechtliche Existenz sozialer Grundrechte des Einzelnen gegenüber dem Staat unter der III. Republik fraglich, so schien die IV. Republik sogleich eine gründliche Neuerung zu bringen. Der Verfassungsentwurf vom 19. April 1946 sah in einer ausführlichen Präambel detaillierte Grundrechte vor, die auch soziale Rechte umfaßten und eine deutliche Tendenz zur Einschränkung der im Jahre 1789 allzu individualistisch proklamierten Freiheit zeigten. Der Entwurf wurde jedoch durch die Volksabstimmung vom 5. Mai 1946 verworfen.

Die endgültige Verfassung vom 27. Oktober 1946 enthielt wieder nur in der Präambel einen kurzen Verweis auf die Erklärung von 1789, da dieselbe nach Ansicht der Verfasser durch keinen anderen Text mit mehr Intensität und Prestige ersetzt werden konnte.

Damit ging der Streit um den juristischen Wert der Menschen- und Bürgerrechte weiter.

Allerdings hatte diese Frage in der Verwaltungsrechtsprechung teilweise an Bedeutung verloren: Als unter dem Vichy-Regime eine verfassungslose Zeit die traditionellen Grundlagen des französischen Rechtssystems zu erschüttern drohte, griff der Conseil d'Etat auf die Sätze des Naturrechtes zurück und konstruierte „allgemeine Rechtsprinzipien“, die er unter Aufgabe seiner früheren Methode auch in den Entscheidungsgründen angab. Diese Rechtsprechung setzte der Conseil d'Etat auch unter der IV. Republik fort, wobei im einzelnen jedoch nicht ganz erkennbar wurde, woher das höchste Verwaltungsgericht diese Prinzipien schöpfte; zum Teil dürften sie

³ Für verfassungsmäßiges Gewohnheitsrecht in dieser Hinsicht: Couzinet a.a.O. S. 65 ff.; Maury, Des Garanties S. 146; Hauriou, Droit constitutionnel S. 626 bei Anm. 4.

der Erklärung von 1789, zum Teil dem allgemeinen Zusammenhang eines freiheitlich-demokratischen Rechtssystems entnommen sein. Entsprechend war und ist ihr Rang in der Folge der Rechtsquellen nicht eindeutig. Einigen dieser Prinzipien wird mit Rücksicht darauf, daß der Conseil d'Etat gelegentlich die Präambel der Verfassung erwähnte, verfassungsrechtlicher⁴ oder quasi-verfassungsrechtlicher⁵ Rang beigemessen. Der Präsident des Conseil d'Etat, Bouffandeau, bezeichnete sie generell als Prinzipien mit Gesetzeskraft, die als konstruktive Schöpfung der Rechtsprechung nicht etwa Gewohnheitsrecht darstellen⁶.

Sicher ist jedoch die juristische Bindungskraft dieser allgemeinen Rechtsprinzipien gegenüber der Exekutive, so daß wenigstens in gewisser Weise und indirekt der Schutz der Grundrechte sichergestellt war.

Andererseits trug es nicht gerade zur Erhöhung der Rechtssicherheit bei, daß diese allgemeinen Prinzipien – fast ohne jede nähere Begründung – von Fall zu Fall gefunden wurden. Als Beispiele dieses Richterrechts sind etwa zu nennen: die Gleichheit der Bürger vor dem Gesetz, die Gleichheit der Benutzer einer öffentlichen Einrichtung, die Gewissensfreiheit, die Freiheit des Handels und der Industrie, die Nichtrückwirkung von Verwaltungsakten⁷.

Daneben aber wurde unter der IV. Republik die Zahl derer größer, die in der Rechtslehre für eine Anerkennung der juristischen Geltung und rechtlichen Bindungskraft (*valeur juridique*) der Grundrechte eintraten. Hatte Duguit schon seit langem die Erklärung von 1789 als das französische Staatsgrundgesetz bezeichnet, so stützten sich die neueren Meinungen nicht nur auf allgemeine Erwägungen, sondern besonders auch auf Art. 81 Verf., der als unmittelbare und unbestreitbare Verfassungsnorm von den Freiheitsrechten („*les droits et libertés*“) sprach. Dabei nahmen einige Autoren ohne Einschränkung den Verfassungsrang der Erklärung von 1789 an (Duverger, Laferrière), während andere die Vorschriften differenzierend danach bewerten wollten, ob sie hinreichend bestimmt sind, um als Rechtsätze aufgefaßt zu werden, oder ob sie infolge ihrer ungenauen weiten Fassung mehr den Charakter von Prinzipien haben (Rivero, Vedel, Waline)⁸. Eine weitere Unterscheidung ging dahin, daß die Erklärung für Verwaltung und Rechtsprechung den Rang eines Gesetzes habe, für den Gesetzgeber dagegen ein Prinzip ohne rechtliche Bindungswirkung darstelle (Prélot)⁹.

⁴ Z. B. von Chapus, D. 1960 Chr. S. 122 unter Berufung auf C. E. vom 15. 7. 1959 (Chambre syndicale des bureaux d'études techniques), RDP Bd. 76 (1960) S. 171; vgl. aber auch Chapus a.a.O. S. 123.

⁵ Z. B. von Fournier, RDP Bd. 75 (1959) S. 1013.

⁶ Zit. nach Letourneur, Et. Doc. Heft 5 (1951) S. 19; zustimmend Letourneur a.a.O. S. 24, Vedel, Droit administratif S. 188.

⁷ Vgl. Letourneur a.a.O. S. 20 ff., 25 f. mit Nachw.

⁸ Dagegen aber z. B. Chapus a.a.O. S. 120 in Anm. 6: „Die ungenaue Fassung einer Vorschrift ist zwar ein Hindernis für ihre unmittelbare Anwendbarkeit, beraubt sie jedoch nicht ihres Charakters als Rechtssatz.“

⁹ Vgl. im einzelnen die Nachweise bei Tiedemann, DÖV 1962 S. 369.

Für diese Richtung sprachen auch die Art. 2 und 66 der Verfassung, die – ebenfalls als unbestreitbare Verfassungsrechtssätze – die Art. 6, 7 und 10 der Erklärung von 1789 wiederholten.

Die allgemeine Hinwendung zu der die Verfassungsrechtsqualität der Revolutionserklärung bejahenden Auffassung vollzog sich noch unter der IV. Republik durch die Rechtsprechung des Conseil d'Etat. Dieser erwähnte in seinen Urteilen mehr und mehr die Artikel der Erklärung von 1789 neben den allgemeinen Rechtsgrundsätzen und stellte sie gelegentlich sogar als einzige Grundlage seiner Entscheidungen hin. Die ersten Urteile in dieser Hinsicht ergingen in Sachen *Condamine*¹⁰ und wohl auch bereits in Sachen *Dehaene*¹¹. Weitere Urteile brachten zwar keine weiteren Fortschritte, bestätigten aber die eingeschlagene Richtung.

Unter der Verfassung vom 4. Oktober 1958 schließlich wurde diese neue Lehre zur herrschenden, so gut wie unbestrittenen Meinung. Brachte auch die Präambel nur einen Verweis auf die Präambel der Verfassung von 1946 und die Erklärung von 1789¹², so entfiel doch das bisher schlagendste Gegenargument: Die Präambel war nicht länger von der Verfassungskontrolle der Gesetze und Verordnungen ausgeschlossen. Hinzu kommt, daß Art. 1 der Verfassung die Präambel mit dem übrigen Teil der Verfassung eng verbindet und daß die Präambel bei der Verkündung in die Formel „loi constitutionnelle“ eingeschlossen war.

Gegen die herrschend gewordene Meinung einer unmittelbar wirkenden rechtlichen Geltungskraft der Grundrechte scheint allerdings der aus den mit erheblicher Verspätung veröffentlichten Materialien ersichtliche Wille des Verfassungsgesetzgebers zu sprechen¹³. Doch kann man insoweit mit einer mehr objektiven Auslegung helfen, die zwar in der französischen Verfassungsrechtslehre weniger eindeutig vorherrscht als etwa in der deutschen, aber durch das Medium der Annahme der Verfassung durch Volksentscheid eine erhöhte Bedeutung gewinnt, hat doch die französische Nation die Präambel wie jeden anderen Teil der Verfassung angenommen. Immerhin spricht gegen die Anerkennung der Verfassungsrechtsqualität der Präambel weiter die unbestimmte Formel der „Verbundenheit“ (*attachement*) der V. Republik mit der Präambel der Verfassung von 1946 und der Erklärung von 1789, denn diese Wendung ist ohne jede exakt-juristische Bedeutung und kann daher nicht etwa als echte Verweisung aufgefaßt werden. Nimmt man die erhebliche Diskrepanz hinzu, die zwischen Art. 34 Verf. 1958 und der Verfassungspräambel besteht, so erscheint die Bemerkung von Cha-

¹⁰ C. E. vom 7. 6. 1957, RDP Bd. 74 (1958) S. 100 f. (dazu *Waline* ebda S. 98–100).

¹¹ C. E. vom 7. 7. 1950, D. 1950 Jur. S. 538 = RDP Bd. 56 (1950) S. 691 = S. 1950. 3.109 = J. C. P. 1950. II. 5681; zur Analyse dieses Urteils vgl. *Tiedemann* a.a.O. S. 369 f.

¹² „Das französische Volk verkündet feierlich seine Verbundenheit mit den Menschenrechten und mit den Grundsätzen der nationalen Souveränität, so wie sie in der Erklärung von 1789 niedergelegt und in der Präambel von 1946 bestätigt und ergänzt wurden.“

¹³ Vgl. *Chapus* a.a.O. S. 122.

pus¹⁴ nicht unberechtigt, daß die Rechtssatzqualität der Präambel und damit der Erklärung von 1789 nur durch außerrechtliche Argumente zu rechtfertigen ist. Die Rechtsprechung ist dabei unter der V. Republik auf dem bereits beschriebenen Weg fortgeschritten¹⁵, wenn sie sich auch von der Heranziehung der allgemeinen Prinzipien des Rechtes noch nicht immer frei gemacht hat¹⁶.

Man kann daher heute davon sprechen, daß die Grundrechte in Frankreich durch ein Nebeneinander von verfassungsrechtlich garantierten Freiheitsrechten und allgemeinen Rechtsgrundsätzen, denen z. T. ebenfalls der Rang eines Verfassungsrechtssatzes zukommt¹⁷, geschützt sind.

Als wichtigste Folge dieser neuesten Entwicklung sei hervorgehoben, daß damit auch die selbständigen Verordnungen (ebenso wie jede andere Emanation eines Verwaltungsorgans) der Verfassung unterworfen sind¹⁸. Mag bei der dargelegten Entwicklung auch der spezielle Wunsch nach einer Bindung des selbständigen pouvoir réglementaire vorgeherrscht haben, so kann doch betont werden, daß heute die französische Rechtsprechung und Rechtslehre einmütig die juristische Bindungskraft der Grundrechte anerkennt¹⁹. Gelegentlich werden die allgemeinen Rechtsgrundsätze sogar schon als unsichere und überflüssige Konstruktion bezeichnet²⁰.

Mögen die verfassungsmäßigen Grundrechte trotz ihrer Kennzeichnung als aktuell wirksame Verfassungsrechtssätze auch weiterhin als Fundamental-

¹⁴ A.a.O. S. 122.

¹⁵ Vgl. vor allem C. E. vom 12. 2. 1960 (Société Eky), D. 1960 Jur. S. 263 mit Anm. L'Huillier = J. C. P. 1960 II. 11 629bis mit Anm. Vedel.

¹⁶ Eine Verbindung beider findet sich etwa in den Urteilen C. E. vom 7. 2. 1958 (Syndicat des propriétaires des forêts de chênes-lièges d'Algérie), Rec. S. 74 und vom 11. 7. 1956 (Amicale des Annamites de Paris et sieur Nguyen Duc Trang), RDP Bd. 72 (1956) S. 1432. Dagegen beruft sich z. B. C. E. vom 15. 7. 1959 (Chambre syndicale des bureaux d'études techniques), RDP Bd. 76 (1960) S. 171 wieder auf die allgemeinen Rechtsgrundsätze. – Diese vorsichtig-elastische Rechtsprechungsmethode des Conseil d'Etat wird in Frankreich ebenso gelobt wie kritisiert.

¹⁷ Hält man mit Chapus und Hauriou an der herkömmlichen Definition des Gesetzes nach dem erlassenden Organ fest (vgl. oben S. 60 in Anm. 28), so wird man dagegen auch den Rang der allgemeinen Rechtsgrundsätze nach dem sie schaffenden Organ – Rechtsprechung – bestimmen müssen. Da der Richter an die Gesetze gebunden ist, würde sich für dieses „Richterrecht“ ein Rang zwischen Gesetz und Verordnung ergeben, vgl. Chapus a.a.O. S. 124. Die Bindung des pouvoir réglementaire (Art. 37 Verf.) kann daher auch bei dieser Betrachtungsweise erreicht werden.

¹⁸ So ausdrücklich C. E. vom 26. 6. 1959 (Syndicat général des ingénieurs-conseils), D. 1959 Jur. S. 541 mit Anm. L'Huillier = S. 1959 J. S. 202 mit Anm. Drago = RDP Bd. 75 (1959) S. 1004 mit concl. Fournier = RA 1959 S. 31 mit Anm. Georgel.

¹⁹ Vgl. außer den bereits Zitierten: Berlia, RDP Bd. 74 (1958) S. 931; Burdeau, Libertés publiques S. 21 und in Droit constitutionnel S. 66 f. (aber noch differenzierend im Sinne des self-executing-Kriteriums); Pelloux, Basdevant-Festschrift S. 391 ff.; Prélôt, Institutions politiques Nr. 383 S. 568; Ladhari, D. 1952 Chr. S. 106. Aus der ordentlichen Rechtsprechung: Tribunal civil de la Seine, vom 22. 1. 1947, D. 1947 Jur. S. 126; Kassationsgerichtshof (Civ.), Section sociale, vom 27. 3. 1952, D. 1952 Jur. S. 691.

²⁰ Vgl. Berlia a.a.O. im Anschluß an Pelloux.

prinzipien eine gewisse Anwendungs- und Auslegungsbreite (und -freiheit) rechtfertigen²¹, so wird die französische Verfassungsrechtslehre doch in den kommenden Jahren nicht umhin können, der dogmatischen Erläuterung des Gehaltes der einzelnen Grundrechte sorgfältigere Beachtung als bisher zu schenken.

b) Daneben hat die neue Verfassung auch die Möglichkeit einer echten Verfassungskontrolle heraufgebracht, die freilich auf wenige Fälle beschränkt ist und – im Gegensatz zu Deutschland und der Schweiz – nicht dem Einzelnen offen steht.

Insoweit hat die Verfassung der V. Republik ebenfalls mit einer alten französischen Tradition, die bis auf die Revolutionszeit zurückgeht, grundsätzlich gebrochen. Der Revolution war das Problem eines Widerspruchs des Gesetzes zur Verfassung in der Tat fremd; daß die Abgeordneten des Volkes die Freiheitsrechte der Staatsbürger angreifen könnten, erschien den Männern der Revolution so abwegig und theoretisch, daß sie für diesen Fall lediglich ein Widerstandsrecht des Einzelnen vorsahen (vgl. Art. 2 Erklärung 1789). Dieser tiefe Glaube an das Gesetz als „frei zustandekommener, feierlicher Ausdruck der *volonté générale*“ (R o u s s e a u) erhielt sich allgemein bis weit in eine Zeit, die durch eine gründliche Verschiebung der Rolle des Parlamentes und infolge eines immer weiter vordringenden staatlichen Interventionismus' die Vorbedingungen für diesen Gesetzesglauben längst beseitigt hatte. Die angebliche Souveränität des Gesetzes (vgl. Art. 6 Erklärung 1789) hinderte zusammen mit der Vorstellung von der Souveränität des Parlamentes und der Unterordnung des Richters unter den Gesetzgeber die französische Praxis bis heute daran, die Verfassungsmäßigkeit von G e s e t z e n zu überprüfen²². Demgegenüber hat die Rechtslehre seit langem aus der Hierarchie der Rechtsquellen auf die Möglichkeit eines Konfliktes zwischen Gesetz und Verfassung geschlossen und aus rechtsstaatlichen Erwägungen eine Inzidentkontrolle²³ bzw. die Einrichtung einer echten Verfassungsgerichtsbarkeit²⁴ gefordert.

Ein erster Versuch der Verfassung von 1946 in dieser Richtung (vgl. Art. 61) stellte mehr den „Embryo einer Verfassungskontrolle“²⁵ dar, nachdem auch die Verfassung vom 22. Frimaire des Jahres VIII und die vom 14. Januar 1852 nur zaghafte Ansätze in dieser Richtung gezeigt hatten.

Der Verfassungsrat (Conseil Constitutionnel) der V. Republik (vgl. Art. 56–63 Verf. 1958) kann gewöhnliche Gesetze nur vor der Verkündung,

²¹ Vgl. O d e n t, *Contentieux* S. 838 in Anm. 2; H a u r i o u, *Droit constitutionnel* S. 631; G a z i e r, *concl.* in Sachen Dehaene, RDP Bd. 66 (1950) S. 691. (Chapuis a.a.O. S. 121 meint allerdings, die Ausführungen des Regierungskommissars Gazier hätten das Dehaene-Erkenntnis nur verdunkelt.)

²² Vgl. C. E. vom 7. 2. 1958 (Syndicat des propriétaires des forêts de chênes-lièges d'Algérie), Rec. S. 74; B u r d e a u, *Droit constitutionnel* S. 94 ff.; für das Strafrecht vgl. B o u z a t, *Traité* Nr. 104 S. 108 (f.).

²³ So z. B. M i g n o n, D. 1952 Chr. S. 47 bei Anm. 19; P r é l o t, *Institutions politiques* Nr. 120 S. 204; M a u r y, *Des Garanties* S. 147; H a u r i o u, *Droit constitutionnel* S. 268.

²⁴ So z. B. C o u z i n e t, *Les déclarations* S. 62.

²⁵ Vgl. D u v e r g e r, *Institutions politiques* S. 225, 625 f., besonders auch *Droit public* S. 63.

und zwar ausschließlich auf Antrag des Staatspräsidenten, des Premierministers und der Präsidenten der gesetzgebenden Körperschaften, daraufhin überprüfen, ob sie verfassungsgemäß sind. Ein Vorlegungszwang besteht nur hinsichtlich der sog. Verfassungsgesetze (*lois organiques*) – vgl. Art. 61 Abs. 1 Verf. –, die in besonders wichtigen Angelegenheiten in einem erschwerten Verfahren beschlossen werden (vgl. Art. 46 Verf.). Die Begrenzung des Antragsrechtes hinsichtlich der Masse der gewöhnlichen Gesetze zeigt deutlich, daß es sich hier vor allem um ein Mittel handelt, das Parlament in den ihm von Art. 34 Verf. gezogenen Schranken zu halten – und das Ernennungsverfahren für die Mitglieder des Verfassungsrates (vgl. Art. 56 Verf.) bestätigt, daß es sich weniger um ein (unabhängiges) Gericht als vielmehr um ein politisches Organ handelt, das nicht zum Schutz der Grundrechte des Bürgers berufen ist²⁶.

Auch an der konservativen Einstellung der Gerichte wird sich kaum etwas ändern. Im Gegenteil dürfte gerade die Einrichtung des Verfassungsrates durch Art. 56 ff. Verf. im Wege des Gegenschlusses dazu benutzt werden, jede (anderweitige) Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen auszuschließen.

Einen gewissen Ausgleich gibt die rechtsstaatliche Haltung des Conseil d'Etat, der alle Gesetze in besonderem Maße verfassungskonform auslegt und selbst bei gegenteiligen äußeren Anzeichen annimmt, der Gesetzgeber habe weder den Grundrechten noch den allgemeinen Rechtsgrundsätzen zuwiderhandeln wollen; erst bei ausdrücklichem Widerspruch des Gesetzgebers kapituliert das höchste Verwaltungsgericht²⁷.

2. Diese verhältnismäßig zurückhaltende Entwicklung des französischen Verfassungsrechts in der Grundrechtsfrage läßt die Frage berechtigt erscheinen, ob nicht andere Rechtsquellen eine Ableitung von Grundrechten mit unmittelbar rechtlicher Bindungskraft zulassen.

a) Dazu bietet sich zunächst die Universelle Erklärung der Menschenrechte an, die von den Vereinten Nationen am 10. Dezember 1948 einstimmig angenommen worden ist.

Mögen die in dieser Erklärung aufgezählten Grundrechte (einschließlich der neuzeitlichen sozialen Rechte) auch mehr Prinzipiencharakter haben, so schließt das einen juristischen Wert der Erklärung doch nicht von vornherein aus²⁸.

Für eine solche rechtliche Bindungskraft spricht zunächst auch die Tatsache, daß die genannte Erklärung eine Weiterentwicklung der Charta der Vereinten Nationen ist, deren zahlreiche Grundrechtsartikel (Präambel, Art. 1, 13, 55, 62, 68, 76) als kategorische Anerkennung eines internationalen Schutzes der Menschenrechte die juristische Basis für die Ausarbeitung

²⁶ Vgl. Duverger, *Institutions politiques* a.a.O.

²⁷ Vgl. C. E. vom 17. 2. 1950 (Ministre de l'Agriculture c. Dame Lamotte), Rec. S. 110; vom 16. 3. 1956 (Garrigou), Rec. S. 121; dazu Fournier, RDP Bd. 75 (1959) S. 1013.

²⁸ Vgl. Tchirkovitch, *Revintdrpubl* 1949 S. 376.

der Menschenrechtserklärung darstellen und nach dem Prinzip des Vorranges internationalen Rechtes sogar häufig als den nationalen Verfassungen übergeordnet angesehen werden. Da die Charta selbst von allen Mitgliedsstaaten unterzeichnet ist und diese gemäß Art. 55 zu ihrer Beachtung rechtlich verpflichtet sind, scheint auch eine juristische Pflicht zur Achtung der Menschenrechtserklärung zu bestehen. Entsprechend neigten die Delegierten der einzelnen Staaten dazu, für ihre Nationen die Verpflichtung auszusprechen, das interne Verfassungsrecht mit der Erklärung in Einklang zu bringen²⁹. Der französischen Initiative zur Aufnahme eines Petitions- und eines Widerstandsrechtes des Einzelnen kommt dabei besondere Bedeutung zu.

Für die Beurteilung der rechtlichen Bindungskraft der Menschenrechtserklärung gewinnt die These des belgischen Delegierten Fernand Dehousse besonderen Einfluß. Dehousse unterschied zwischen dem rechtlichen Wert und dem bindenden Charakter der Erklärung. Die Erklärung sei zwar nur in die Form einer Resolution gekleidet, sei aber anderen Erklärungen dadurch überlegen, daß die sie aussprechende Vollversammlung der Vereinten Nationen ein echtes juristisches Organ darstelle; komme daher der Erklärung auch keine bindende Wirkung zu, so sei doch ihre juristische Geltungskraft unbestreitbar³⁰.

Nach dieser Auffassung ist die UNO-Erklärung Teil des internationalen positiven Rechtes geworden.

Die Mehrzahl der Autoren teilt diese Rechtsansicht jedoch nicht und lehnt jede juristische Geltung der in der Empfehlung proklamierten Grundrechte ab³¹.

Nach der herrschenden Meinung muß die UNO-Erklärung daher für die Ableitung einer juristischen Bindungswirkung der Grundrechte im französischen Verfassungsrechtssystem ausscheiden.

b) Eingehend regelt auch die Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 die Grundrechte des Einzelnen gegenüber dem Staat.

Frankreich hat jedoch bisher als einziger Mitgliedstaat des Europarates die Konvention noch nicht ratifiziert.

Wurde diese erstaunliche Tatsache bisher meist damit begründet, das in der Konvention u. a. enthaltene System sozialer Grundrechte sei dem fran-

²⁹ Vgl. Tchirkovitch a.a.O. S. 378.

³⁰ Vgl. Dehousse, zit. nach Tchirkovitch a.a.O. S. 378; zustimmend außer Tchirkovitch a.a.O. S. 380: Mirkine-Guetzévitch, Cours de l'Académie Bd. 83 S. 309 f. und in Revgénrintpubl Bd. 55 (1951) S. 175 ff.; René Brunet, La garantie internationale des droits de l'homme depuis la Charte de San Francisco, Sonderdruck aus der Revue Egyptienne de Droit International 1950, Paris (Pedone), S. 26 ff.; Stefan Glaser, La protection des droits de l'homme et la Charte des Nations Unies, Revdrpénçrim Bd. 30 (1949/50) S. 357–392, 363 f., 370 ff. Von einem „unvollständigen juristischen Wert“ der Erklärung spricht Cassin, Cours de l'Académie Bd. 79 S. 292.

³¹ Vgl. Cassin a.a.O. S. 291 bei Anm. 2; Wiebringhaus, Rom-Konvention S. 13; ebenso die herrschende Meinung in Deutschland: vgl. Maunz-Dürig, GG Art. 1 Randn. 56 mit Nachw. in Anm. 1. Eingehend: Ganji, International Protection S. 161 ff.

zösischen Verfassungsrecht wesensfremd, so erklärte im Jahre 1961 das französische Justizministerium auf eine Anfrage der Abgeordneten Guitton und Dienesch das bisherige Zögern Frankreichs mit den innerpolitischen (algerischen) Schwierigkeiten ³².

Würde Frankreich sich entschließen, die Erklärung zu ratifizieren, so bliebe allerdings weiterhin der Rang derselben im innerstaatlichen Recht zweifelhaft.

Während nämlich die Verfassung von 1946 schlechthin den Vorrang des internationalen Rechtes vor dem innerstaatlichen Recht statuierte (Art. 26, 28), enthält Art. 55 Verf. 1958 eine Gegenseitigkeitsklausel, deren Auslegung in den bisherigen Literaturäußerungen noch nicht geklärt werden konnte. Unklar bleibt vor allem, welches der Rang eines internationalen Abkommens im französischen Recht dann ist, wenn die übrigen Unterzeichnerstaaten dem Abkommen jeweils verschiedenen innerstaatlichen Rang beilegen ³³.

3. Eindeutiger ist die Abgrenzung des verfassungsrechtlichen Normbereiches für Deutschland, jedenfalls soweit die Rechtsgeltung der Grundrechte in Frage steht.

a) Art. 1 Abs. 3 GG bestimmt unmißverständlich, daß die in der Verfassung aufgezählten Grundrechte Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtssprechung als unmittelbar geltendes Recht binden. Die Menschen- und Bürgerrechte des Bonner Grundgesetzes bedürfen daher keiner weiteren Konkretisierung durch die Gesetze des Bundes oder der Länder.

Allerdings wird häufig im Anschluß an die Lehre der Weimarer Zeit versucht, den Grundrechtskatalog in bloße Programmsätze, institutionelle Garantien und echte Grundrechte aufzuspalten ³⁴. Ob diese Auffassung angesichts des eindeutigen Wortlautes des Art. 1 Abs. 3 GG haltbar ist, erscheint zumindest fraglich. Berücksichtigt man die klare Tendenz des Grundgesetzes zu einer Stärkung des Einzelnen gegenüber der Staatsgewalt, so muß man zu einer Vermutung zugunsten der gesicherten Rechtsstellung des Individuums, d. h. zur Geltung des Satzes „im Zweifel für die Freiheit“ kommen ³⁵. Entsprechend ist auch für den Rechtscharakter der Grundrechte im Zweifel anzunehmen, daß diese unmittelbar und aktuell wirksame subjektiv-öffentliche Rechte gegenüber dem Staat sind ³⁶.

Richtiger Ansicht nach enthält daher der Grundrechtskatalog in allen Artikeln, die nicht eindeutig als bloße Programmsätze ausgewiesen sind ³⁷,

³² Zit. nach Le Monde Nr. 5261 vom 16. 12. 1961 S. 24.

³³ Vgl. Pelloux, Basdevant-Festschrift S. 399; Nguyen Quoc Dinh, La constitution de 1958 et le droit international, RDP Bd. 75 (1959) S. 515–564.

³⁴ So z. B. von Mangoldt-Klein, GG Vorbem. A VI 3 b S. 84, B VII 2 S. 102; Maunz, Staatsrecht S. 85 ff.; Maunz-Dürig, GG Art. 1 Randn. 97.

³⁵ So auch von Mangoldt-Klein a.a.O. B XIV 4 S. 118; Hamann, GG Art. 1 Vorbem. 6.

³⁶ Vgl. BVerfG 6 S. 55–84, 72; BVerfG 1 S. 159–163, 161 f.; Forsthoff, Verwaltungsrecht § 10, 3 S. 172; von Mangoldt-Klein a.a.O. B VIII S. 103; Maunz-Dürig a.a.O. Randn. 96.

³⁷ Vgl. dazu Maunz-Dürig, GG Art. 1 Abs. 3 Randn. 95 Fußn. 5, Art. 21 Randn. 33 Fußn. 7.

eine Verbürgung echter Rechte, denen zum Teil allerdings – ebenfalls verfassungsrechtlich gewährleistete – Rechtseinrichtungen zugrunde liegen.

Gegenüber der Rechtslage in Frankreich ist darauf hinzuweisen, daß die Auslegung dieser Grundrechtsbestimmungen durch die Verfassungsrechtsprechung und die einschlägige Literatur fast bis in alle Einzelheiten hinein gründlich vorangeschritten ist.

Daneben kennt die deutsche Rechtslehre auch allgemeine Rechtsgrundsätze als Rechtsquellen, die jedoch in der Mehrzahl bereits durch das geschriebene Recht positiviert sind. Hierzu zählen besonders der Grundsatz der Achtung der Menschenwürde und der Gleichheitsgrundsatz, das Gebot der Verhältnismäßigkeit des Eingriffs in die Rechte des Einzelnen und das Prinzip der Entschädigung bei dringend erforderlichen staatlichen Eingriffen in Rechte des Staatsbürgers³⁸.

Der Schutz dieser Grundrechte und Rechtsprinzipien wird durch die Rechtsprechung gewährleistet. Alle Gerichte prüfen die Verfassungsmäßigkeit staatlich gesetzter Rechtsnormen, wenn in dieser Hinsicht Zweifel auftreten. Hält ein Gericht allerdings ein nachkonstitutionelles formelles Gesetz, auf dessen Gültigkeit es bei der zu treffenden Entscheidung ankommt, für verfassungswidrig, so hat es das Verfahren auszusetzen und (wenn es sich um die Verletzung des Grundgesetzes handelt) die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes einzuholen (Art. 100 Abs. 1 GG). Das Bundesverfassungsgericht entscheidet ferner über Verfassungsbeschwerden, mit denen der Staatsbürger die Verletzung verfassungsmäßiger Rechte durch die öffentliche Gewalt geltend macht (vgl. §§ 90 ff. BVerfGG)³⁹.

Es ist daher Münch voll zuzustimmen, wenn er feststellt, daß „beim Rechtsvergleich . . . die deutsche Rechtsetzung und Rechtsprechung unter diejenigen gerechnet werden“ können, „die dem Schutz des Einzelnen die größte Sorgfalt angedeihen lassen und auf Reservate verzichten, die zugunsten der Exekutive in den großen westlichen Demokratien noch durchaus lebendig sind“⁴⁰.

b) Deutschland hat ferner die Menschenrechtskonvention vom 4. November 1950 durch Bundesgesetz vom 7. August 1952 ratifiziert und damit in unmittelbar anzuwendendes innerdeutsches Recht transformiert. Als *lex posterior* ändert sie daher früheres (einfaches) deutsches Recht ab⁴¹ und geht als Bundesrecht dem – auch später gesetzten – Landesrecht vor.

Streitig ist jedoch zunächst ihr Rang. Da ihre Vorschriften sachlich mit dem Grundrechtskatalog der Verfassung konkurrieren, ist sie gelegentlich

³⁸ Vgl. Wolff, Verwaltungsrecht I § 25 I a; BVerfG 10 S. 89–118, 117; OVG Münster Bd. 16 S. 1–4, 3 und in DÖV 1960 S. 761 f. mit Nachw.; Maunz-Dürig, GG Art. 2 Abs. 1 Randn. 53; eingehend zu den Rechtsgrundsätzen der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit: Peter Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht. Köln, Berlin, München, Bonn (Heymanns) 1961.

³⁹ Zum Verfassungsbeschwerderecht der Gefangenen vgl. unten S. 194.

⁴⁰ JZ 1961 S. 153.

⁴¹ Vgl. BVerfG 6 S. 389–443, 440.

als materielles Bundesverfassungsrecht bezeichnet worden⁴². Andere Autoren haben sie den allgemeinen Regeln des Völkerrechts zuordnen und damit (vgl. Art. 25 GG) ebenfalls auf einen Rang oberhalb der Gesetze heben wollen⁴³.

Die herrschende Meinung in Deutschland hat sich jedoch keiner dieser beiden Ansichten angeschlossen. Mit Rücksicht auf Art. 79 Abs. 1 S. 1 GG hält sie zu Recht dafür, daß nur formelles, im Grundgesetz selbst niedergelegtes Verfassungsrecht zugleich materielles Verfassungsrecht sein kann und daß weiter ein Ratifikationsgesetz nicht höherrangiges Recht schaffen kann als es selbst darstellt. Aber auch als allgemeines Völkerrecht im Sinne des Art. 25 GG scheiden die sehr ausführlichen Vorschriften der Menschenrechtskonvention schon wegen ihrer Detailliertheit aus; kodifiziertes Völkerrecht kann höchstens insoweit vorliegen, als sie Regeln des allgemeinen Fremdenrechts positivieren⁴⁴.

Nicht unbestritten ist selbst der materielle Gesetzescharakter der Konvention. Die herrschende Meinung sieht jedoch in ihr einen völkerrechtlichen Vertrag, der durch die Zustimmung des deutschen Bundesgesetzgebers nicht nur formelles Gesetz im Sinne des Art. 59 Abs. 2 GG, sondern auch Gesetz im materiellen Sinne geworden ist⁴⁵.

Nicht zweifelsfrei ist ferner, ob alle Artikel der Konvention innerstaatliches Recht geworden sind. Zu dieser Frage herrscht eine im Ergebnis differenzierende Lösung vor, die – ähnlich wie einige Autoren in der französischen Verfassungsrechtslehre – darauf abstellt, ob die einzelnen Vorschriften hinreichend bestimmt sind, um unmittelbar anwendbar (self-executing) zu sein⁴⁶.

4. Ähnlich wie in Deutschland ist die Rechtslage in Belgien und der Schweiz.

a) In Belgien ist noch die Verfassung vom 7. Februar 1831 in Kraft, und insbesondere der Grundrechtskatalog („Von den Belgiern und ihren

⁴² So Rudolf Echterhölter, Die Europäische Menschenrechtskonvention im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung, JZ 1955 S. 689–693, 691; Heinz Gura d z e, Verfassungsbeschwerde und Verletzung der Menschenrechtskonvention, DÖV 1961, S. 12–13, 12.

⁴³ So Freiherr von Stackelberg, NJW 1960 S. 1265–1266, 1265 (Urteilsanm.); Werner Morvay, Rechtsprechung nationaler Gerichte zur Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, ZaöR Bd. 21 (1961) S. 89–112, S. 93 mit Nachw. in Anm. 18, S. 99 Anm. 47; ähnlich noch Heinz Gura d z e, Kann die Verfassungsbeschwerde auf eine Verletzung der Konvention zum Schutze der Menschenrechte gestützt werden? DÖV 1960 S. 286–288, 287.

⁴⁴ Vgl. Münch a.a.O. S. 154; Wo esner NJW 1961 S. 1382 spricht zu treffend von „partikularem Völkerrecht“ (sc.: der Unterzeichnerstaaten); ebenso Maunz-Dürig, GG Art. 1 Randn. 57; Maunz, Staatsrecht S. 93.

⁴⁵ Vgl. BVerfG 6 S. 389–443, 389 f.; Gura d z e, DÖV 1961 (a.a.O.) S. 12; Maunz-Dürig, GG Art. 1 Randn. 59. Nur teilweise übereinstimmend Wo esner a.a.O. S. 1383: „Die Konvention ist materielles Gesetz nur, soweit sie selbst als solches gelten will. Das ist für die Bestimmungen der Abschnitte II bis V im wesentlichen zu verneinen.“

⁴⁶ So z. B. Münch a.a.O. S. 154; Hans-Heinrich Jescheck, Die europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, NJW 1954 S. 783–786, 784.

Rechten“), der übrigens der preußischen Verfassung von 1850 als Vorbild diente, hat keine Änderung erfahren.

Auch in Belgien ist die Proklamation individualistisch-liberaler Freiheitsrechte in der Verfassung nicht eine bloß programmatische Erklärung großer Prinzipien und Richtlinien, sondern Teil des positiven (Verfassungs-) Rechtes ⁴⁷.

Die Ratifikation der Europa-Konvention durch das belgische Parlament hat diesem Grundrechtssystem soziale Grundrechte hinzugefügt, die bisher als Verfassungsnormen fehlten, jedoch durch die ordentliche Gesetzgebung hinreichend verwirklicht waren ⁴⁸. Ähnlich wie in Deutschland bejaht auch in Belgien die herrschende Meinung die innerstaatliche Geltung der Konvention ⁴⁹.

Die juristische Bindungskraft der UNO-Erklärung wird auch in Belgien allgemein abgelehnt ⁵⁰.

b) Auch die Schweiz kennt in ihrer Bundesverfassung vom 29. Mai 1874 einen Katalog von Grundrechten mit unmittelbarer juristischer Bindungskraft.

Neben diesen ausdrücklichen erkennt die schweizerische Staatsrechtslehre auch sogen. stillschweigende Freiheitsrechte als echte Verfassungsrechte an: „Die Aufzählung einzelner Freiheitsrechte in den modernen Menschenrechtskatalogen ist . . . nur beispielhaft. Das liegt in der Logik der freiheitlichen Verfassung . . . Soll der Freiheitsrechtskatalog die menschliche Würde und den Eigenwert des Individuums sicherstellen, was ja sein Wesensgehalt, sein axiomatisches Prinzip ist, so müssen sinnvollerweise menschliche Würde und Eigenwert des Einzelnen auch umfassend, allseitig geschützt sein . . . Neben den bereits aktuellen und in den Freiheitskatalogen ausdrücklich geschützten Freiheiten werden auch die potentiellen Freiheiten im Moment ihrer Aktualisierung von Verfassungsrechts wegen gewährleistet und damit zu ungeschriebenen Freiheitsrechten.“ ⁵¹

Beide Arten von Grundrechten sind direkt anwendbar und bedürfen keiner gesetzlichen Konkretisierung ⁵².

⁴⁷ Vgl. Lavalleye, *Essais* Bd. 1 S. 20 f.; Wigny, *Droit constitutionnel* Bd. I Nr. 157 S. 268 f.

⁴⁸ Sie wurden gleichwohl bereits früher von Lehre und Praxis als Fundamentalprinzipien des öffentlichen Rechts angesehen, vgl. Vlaemminck, *Droit constitutionnel* S. 64 f.; Wigny a.a.O. Nr. 148 S. 261.

⁴⁹ Vgl. Weil, *European Convention* S. 209.

⁵⁰ Vgl. Buchmann und Buttgenbach, *Revdrint* Bd. 27 (1950) S. 152; Stefan Glaser a.a.O. (vgl. oben S. 70 in Anm. 30).

⁵¹ Giacometti, *ZSR* Bd. 74 (1955) S. 164 f., 169 f.; ebenso in Bundesstaatsrecht S. 241 f.; übereinstimmend: Kündig, *Essais* Bd. 1 S. 70; Gurny, *Diss.* S. 32, 34, 48 f. bei Anm. 8–10. Ähnlich für das französische Verfassungsrecht Hauriou, *Droit constitutionnel* S. 633.

⁵² Vgl. Kündig a.a.O.; Gurny, *Diss.* S. 35, 46 bei Anm. 2.

Zu Rechtsgeltung und Gehalt der Grundrechte in Italien vgl. Walter Leisner, Die klassischen Freiheitsrechte in der italienischen Verfassungsrechtsprechung, *JÖR* n. F. Bd. 10 (1961) S. 243–268.

Dagegen sind die UNO-Erklärung und die Europa-Konvention für die Schweiz ohne rechtliche Bedeutung, da die Schweiz weder den Vereinten Nationen noch dem Europarat angehört.

B. Das materielle Verhältnis von Verfassungsrecht und Strafrecht im allgemeinen

Ließ sich das formelle Verhältnis des Verfassungsrechtes zum Strafvollzugsrecht infolge des mehr äußeren Charakters dieser Beziehung verhältnismäßig leicht erfassen, so bietet die Untersuchung der materiellen Einwirkung der verfassungsrechtlichen Normen auf den Gesamtbereich des Strafrechts besondere Schwierigkeiten. Diese resultieren aus der Tatsache, daß es sich auf beiden Seiten um eigenständige, relativ in sich abgeschlossene Wertbereiche zu handeln scheint, von denen gleichwohl der eine die Grundlage des anderen ist – die Basis, auf der alles Recht eines Staates ruht.

Inwieweit die Verfassung materiell die Strafrechtsordnung beeinflusst und inwieweit beide isoliert bleiben: das ist die hier zu entscheidende Frage. Die Schwierigkeit ihrer Lösung ist bereits so oft hervorgehoben worden⁵³, daß auch mit den folgenden Ausführungen mehr ein Überblick über den Stand der Meinungen als eine eigene Lösung versucht werden soll.

Konnte sich die Darstellung des äußeren Verhältnisses auf die vom Verfassungsrecht für das Gebiet des Strafvollzuges aufgestellten formellen Regeln beschränken, so muß hier der Einfluß des Verfassungsrechts auf das Strafrecht in allen seinen Verwirklichungsstufen wenigstens mit erörtert werden. Die Untersuchung nähert sich damit in ihrer Methode der Auffassung der neuen *défence-sociale*-Bewegung, die das Phänomen der staatlichen Strafe als einen einheitlichen Vorgang – vom Beginn des Verbrechens bis zum Ende der Strafverbüßung – sieht⁵⁴.

1. Gemeinsam für Deutschland und Frankreich (wie auch für Belgien und die Schweiz) kann bereits an dieser Stelle hervorgehoben werden, daß die Frage der Einwirkung der Verfassung auf das Strafrecht in zwei Problemkomplexen auftritt: einmal dem der Geltung der Grund- und Freiheitsrechte, zum andern dem der organisatorischen Aufspaltung der beteiligten Gewalten.

Die einheitliche Behandlung der dabei auftretenden Fragen wird dadurch erleichtert, daß hinsichtlich des ersten Problemkreises – wie dargelegt – die heranzuziehenden Staaten heute durchweg von einer juristischen Bindungskraft (*valeur juridique*) der verfassungsmäßigen Freiheitsrechte ausgehen und daß weiter hinsichtlich des zweiten Problemkreises allen westeuropäischen Staaten das rechtsstaatliche Organisationsprinzip der Gewaltenteilung, wenn auch mit Abweichungen im einzelnen, eignet.

⁵³ Vgl. Hugueney, RSC Bd. 21 (1961) S. 212 (Buchbespr.); H. Schultz, SchwZStrafR Bd. 77 (1961) S. 216.

⁵⁴ Vgl. Cannat, Revintdrpén Bd. 32 (1961) S. 93 f.; ähnlich für das italienische Recht Sabatini, Trattato S. 730 ff.

2. Eine weitere, wenn auch mehr faktische Gemeinsamkeit ist das in allen diesen Ländern insbesondere nach 1945 erwachte Interesse für die Fragen des Verhältnisses von Verfassungsrecht und Strafrecht (im weiteren Sinne). So wurden und werden Fragen der Verfassungsmäßigkeit des Strafrechts in Italien im Hinblick auf die *ergastolo*-Strafe (Dauerzuchthaus)⁵⁵, die Umwandlung der Geld- in eine Freiheitsstrafe⁵⁶ und die strafrechtliche Haftung für fremdes Verschulden⁵⁷, in Belgien hinsichtlich der Beteiligung des Richters am Strafvollzug⁵⁸ diskutiert; in Frankreich werden nicht nur die Geltung der freiheitlichen Prinzipien der Revolution im heutigen Strafrecht, sondern auch zahlreiche Einzelfragen erörtert, wie die Aufhebung rechtsstaatlicher Grundsätze im Recht der Übertretungen⁵⁹ und die Vereinbarkeit der Strafaussetzung zur Bewährung und besonders der damit verbundenen Auflagen mit der individuellen Freiheit⁶⁰. In Deutschland endlich wurde kaum ein Teilgebiet des Strafrechts von dieser Diskussion ausgenommen: das Verhältnis von „Deliktsfolgen und Grundgesetz“⁶¹, die Zulässigkeit des Erziehungsvollzuges⁶², die Grenzen der jugendstrafrichterlichen und bewährungsrechtlichen Auflagen und Weisungen⁶³ standen hier im Brennpunkt des Streites.

All diese Diskussionen erscheinen als fruchtbare Folge eines rechtsstaatlichen Denkens, welches zu vermeiden sucht, daß sich durch die Hintertür der täglichen Rechtsanwendung Mißbräuche in ein Rechtsgebäude einschleichen, dessen Fassade mit hohen Prinzipien geschmückt ist. Für den

⁵⁵ Vgl. Ranieri, RSC Bd. 20 (1960) S. 255 ff.; Messina, Scpos Bd. 13 (1959) S. 183 ff., 364 ff.; eingehend Perrucatti, Pena dell'ergastolo S. 295 ff., 375 ff., 456 ff.; Urteil des Kassationsgerichtshofs vom 16. 6. 1956, Rivitdirpen Bd. 9 (1956) S. 485–492 mit Anm. von Alberto Dall'Ora.

⁵⁶ Franco Bricola, L'istituto della conversione della pena pecuniaria in pena detentiva alla luce dei principi costituzionali, Rivitdirprocpn Bd. 4 (1961) S. 1073–1084.

⁵⁷ Giacomo Delitala, Titolo e struttura della responsabilità penale del direttore responsabile per reati commessi sulla stampa periodica, Rivitdirprocpn Bd. 2 (1959) S. 544–557; Cesare Pedrazzi, Gestione d'impresa e responsabilità penale, Rivista delle società Bd. 7 (1962) S. 220–300.

⁵⁸ Vgl. Cornil, zit. nach Revpénit Bd. 79 (1955) S. 187; Constant, Revpénit Bd. 80 (1956) S. 131 (Diskussionsäußerung).

⁵⁹ Vgl. Bouzat, Traité Nr. 80 S. 88 f.; Levasseur, D. 1959 Chr. S. 122, 124 f.; L'Huillier, D. 1959 Chron. S. 175; C. E. vom 12. 2. 1960 (Société Eky), D. 1960 Jur. S. 264 mit Anm. L'Huillier = J. C. P. 1960. II. 11 629bis mit Anm. Vedel; Burdeau, Libertés publiques S. 105. Zu dem entsprechenden Problem in Deutschland vgl. BVerfG NJW 1962 S. 1339 f.; Erich Schmidt-Leichner, Die Krise der Verfassungsmäßigkeit verkehrsrechtlicher Strafvorschriften, NJW 1962 S. 513–516.

⁶⁰ Vgl. Germain, Eléments S. 137 und in RSC Bd. 17 (1957) S. 333–346, 340.

⁶¹ Vgl. die gleichnamige Schrift von Walter Stree.

⁶² Vgl. dazu unten S. 99 ff.

⁶³ Vgl. Dallinger-Lackner, JGG § 10 Randn. 15; Maunz-Dürig, GG Art. 2 Abs. 1 Randn. 78; Bruns, GA 1959 S. 206 ff. und in NJW 1959 S. 1395 f.; Stree, Deliktsfolgen S. 137 ff.; Peters, JZ 1957 S. 65 (und ders., Kriminalpolitische Stellung S. 200 ff. zur Verfassungsmäßigkeit der Erziehungsanordnungen unter der Geltung der Weimarer Reichsverfassung); zusammenfassend Herbert Friedlein, Rechtsprobleme beim Übergang zu einem „dreispurigen“ Kriminalrecht, Diss. Erlangen 1960 S. 46 ff., 82 ff.

Gesamtbereich des Strafrechts erscheinen diese Diskussionen um so notwendiger, als sich gerade auf diesem Rechtsgebiet die einschneidendsten Eingriffe in die Freiheit des Einzelnen finden: „Die Strafe ist Rechtsgüterschutz durch Rechtsgüterverletzung; bei der Freiheitsstrafe ist das entzogene oder zu entziehende Rechtsgut . . . die persönliche Freiheit.“⁶⁴ So warnt etwa Baumann gerade für den Bereich des Strafrechts vor der Gefahr, „insbesondere bei den Grundrechten im Althergebrachten Eigengewichtigen zu verharren und die Bindung des Art. 1 III GG als ganz entfernte, die Einzelregelung kaum tangierende Verbotstafel anzusehen, die wie etwa Art. 218 der Carolina nur die allerärgersten und offenkundigsten Mißbräuche zu verhindern habe“⁶⁵.

Andererseits geht es aber auch um eine sachgerechte Beschränkung allzu schnell behaupteter Verfassungswidrigkeiten im Bereich des Strafrechts. Soll auch eine volle Übereinstimmung der gesamten Rechtsordnung mit dem Verfassungssystem bestehen, so muß doch die ständige Heranziehung der Grundlage eines Staatswesens ihre Grenzen haben. Diese liegen nicht nur in einer möglichst verfassungskonformen Auslegung des geltenden Rechtes; nur eine maßvolle Bezugnahme auf die Grundordnung kann dieselbe davor bewahren, lächerlich und durch Überbeanspruchung wertlos zu werden.

3. a) In Deutschland sind die Rechtsansichten über die Geltung der Grundrechte im Gesamtbereich des Strafrechts geteilt. Die Äußerungen gehen von einer grundsätzlichen oder doch weitgehenden Verneinung ihrer Wirksamkeit für dieses Gebiet⁶⁶ bis zu nicht weniger extremen Auffassungen, die ganze Institutionen des geltenden Strafrechts wegen Verstoßes gegen die Grundrechte für nichtig erklären⁶⁷.

Die Vertreter der ersteren Auffassung führen zur Begründung ihrer Ansicht an, daß die „staatliche Strafgewalt . . . durch die Verfassung im wesentlichen unberührt“ bleibe, da sie „in ihr vorgesetzt und nur gewissen sachlichen und institutionellen Garantien unterworfen“ werde (wie z. B. Art. 103 GG). „Der Umfang des danach zulässigen Eingriffs findet seinen eindeutigen Ausdruck in den in den Strafgesetzen vorgesehenen Strafen und Maßnahmen.“⁶⁸ Der zweiten, ebenfalls recht extremen Auffassung zugunsten einer Verfassungskonformität ohne jede Einschränkung näherte sich das Bundesverfassungsgericht in seinem Lüth-Harlan-Urteil⁶⁹. Dagegen sprach das Bundesverfassungsgericht noch in einem Beschluß über die Verfassungsmäßigkeit des Notaufnahmegesetzes davon, es verstehe sich von selbst, daß

⁶⁴ Zürcher, in Hafner-Zürcher S. 95; ähnlich H. Schultz, SchwZStrafR Bd. 77 (1961) S. 213.

⁶⁵ Eb. Schmidt-Festschrift S. 527.

⁶⁶ So etwa Wolf Middendorff, Zur Verfassungsmäßigkeit von Erziehungsmaßregeln im Jugendgerichtsgesetz, RdJ Jg. 3 (1955) S. 141–143, 141: „Die Strafgewalt . . . steht über der Verfassung, ganz bestimmt aber außerhalb ihres Reiches.“

⁶⁷ So etwa Hellmer, RdJ Jg. 3 (1955) S. 138 f. Hellmer meint, daß die Weisungen des JGG ganz allgemein gegen das GG (Art. 6) verstoßen.

⁶⁸ Dallinger-Lackner, JGG § 10 Randn. 15.

⁶⁹ BVerfG 7 S. 198–230, 205 = NJW 1958 S. 257–259, 257 = JZ 1958 S. 119–125, 120.

der Zweck des (hier: Straf-)Gesetzes nicht außer acht gelassen werden dürfe⁷⁰. Zu diesem Ausgangspunkt seiner Rechtsprechung ist das Bundesverfassungsgericht in einem neueren Beschluß zurückgekehrt⁷¹.

Bereits aus dieser mehr empirischen Betrachtung der höchsten Rechtsprechung in Deutschland ergibt sich noch einmal deutlich die eigentliche Stellung des Problems: Sind Grundrechts- und Strafrechtsordnung selbstständige, autonom aufgebaute Ordnungsbereiche oder entfalten sich die rechtlichen Wertentscheidungen des Grundgesetzes im Strafrecht „durch das Medium der dieses Rechtsgebiet unmittelbar beherrschenden Vorschriften“⁷²?

Bevor auf diese Frage ausführlicher eingegangen wird, ist jedoch hervorzuheben, daß die Bindung des Strafgesetzgebers und des Strafrechtsanwenders an den Gleichheitsgrundsatz und den Rechtsstaatsgedanken sicherlich außer Zweifel steht⁷³. Dabei ist allerdings der Wert des Gleichheitsgrundsatzes insofern gering, als er lediglich gebietet, Gleiches gleich und Ungleiches ungleich zu behandeln; jede sachgerechte Differenzierung ist zulässig⁷⁴.

b) Eine Verbindung von Strafrecht (einschließlich Strafprozeßrecht) und Verfassungsrecht besteht zunächst insoweit, als die Straftatbestände eine Reihe wesentlicher im Grundgesetz verankerter Werte schützen und bewahren. Ordnet die Verfassung insgesamt die Grundordnung der staatlichen sozialen Gemeinschaft, so findet insbesondere in ihrem Grundrechtsteil das Spannungsverhältnis zwischen Individuum und Gemeinschaft seinen Niederschlag – und denkbar einschneidend und unmittelbar stellen auch das Straf- und Strafprozeßrecht diese ewige Spannung wesentlich dar⁷⁵.

Der grundsätzliche Einklang zwischen staatlicher Strafgewalt und den verfassungsrechtlichen Wertentscheidungen wird dabei durch Art. 1, 101 ff. GG sichergestellt. Das Gebot der Achtung der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) und der Satz „nulla poena, nullum crimen sine lege“ (Art. 103 Abs. 2 GG) sind Grundsätze des Rechtsstaates, an die auch die Strafgewalt unzweifelhaft gebunden ist⁷⁶.

⁷⁰ BVerfG 2 S. 266–286, 282.

⁷¹ BVerfG 8 S. 28–38, 33 ff. = NJW 1958 S. 1227 (f.); zustimmend Maunz, Staatsrecht S. 108.

⁷² BVerfG 7 a.a.O. S. 205 f. = NJW 1958 S. 257 = JZ 1958 S. 120 (für das Privatrecht); zustimmend Wolff, Verwaltungsrecht I § 33 V a 1; Maunz, Staatsrecht S. 90; Woessner, NJW 1961 S. 1384; ebenso bereits Münch, Menschenwürde S. 6 bei Anm. 18; vgl. Maunz-Dürig, GG Art. 1 Randn. 127 ff.

⁷³ Vgl. Kohlrausch-Lange, StGB § 2 Anm. III A 6; Lange, Mat. Bd. 1 S. 70 ff.; ebenso für das schweizerische Recht Germain, Kommentar Allgem. Vorbem. Randn. 12 und 24; für den Gleichheitsgrundsatz auch Rinck, JöR n. F. Bd. 10 (1961) S. 318 f.; Stree, Deliktsfolgen S. 4, 10.

⁷⁴ Vgl. eingehend unten S. 122.

⁷⁵ Vgl. Sax, Grundrechte Bd. III, 2 S. 910.

⁷⁶ Der Satz „nulla poena sine lege“ ist neuerdings wieder angegriffen worden, vgl. Jens Meyer-Ladewig, MDR 1962 S. 262–264 („Der Satz ‚nulla poena sine lege‘ in dogmatischer Sicht“).

Die strafrechtliche Rechtsgüterordnung konkretisiert die verfassungsrechtlichen Wertentscheidungen durch die Pönalisierung sozial unerträglicher Handlungsweisen: Die Schutzgüter des Strafrechts werden dadurch zu einem Teil jener „Mittelwerte“, die für die Entfaltung der sozialetischen „Oberwerte“ des Grundrechtskataloges die unentbehrliche Basis bieten⁷⁷. Insoweit nähert sich unsere Betrachtungsweise der traditionellen französischen Auffassung vom Wesen der Verfassung auch für das deutsche Recht; die grundgesetzlichen Wertentscheidungen können nicht als mit der gleichen Prägnanz wie etwa die konkret ordnenden Normen des Bürgerlichen Gesetzbuchs oder des Strafgesetzbuchs gebietend oder verbietend angesehen werden, sie stellen vielmehr – auch soweit sie subjektiv-öffentliche Rechte sind – nur Grundsätze für die staatliche Aktivität dar und bedürfen zwar nicht notwendig einer Konkretisierung, werden aber für den Bereich des Strafrechts herkömmlicherweise faktisch doch konkretisiert⁷⁸.

Nur hinsichtlich der primären, von jedem Staat geschützten Werte decken sich im übrigen die beiden Ordnungsbereiche. Die konkrete strafrechtliche Schutzordnung liegt daher nicht nur auf einer anderen Wirkebene als die mehr abstrakte verfassungsrechtliche Wertordnung, sondern ist in ihrer tatbestandlichen Struktur auch relativ eigenständig. Im Verhältnis der einzelnen Straftatbestände zum Verfassungsrecht trifft zwar der Satz des Bundesverfassungsgerichts: „Was das Grundgesetz gestattet, kann das Strafgesetz nicht verbieten“⁷⁹ infolge der Höher- und Vorrangigkeit des Verfassungsrechts ohne Zweifel zu, bringt das Problem jedoch einer echten Lösung nicht näher, da sich der einzelne Freiheitsrechtstatbestand des Grundrechtskataloges im allgemeinen gerade nicht ohne weiteres mit dem einzelnen Verbotsstatbestand des Strafgesetzbuchs deckt. Die herkömmliche Auffassung, daß den Grundrechten vielmehr jedenfalls durch das Strafgesetz Schranken gezogen werden, stellt demgegenüber das andere Extrem dar. Berücksichtigt man jedoch das allgemeine Gebot verfassungskonformer Auslegung, so gelangt man zur Annahme einer Wechselwirkung zwischen Verfassungsrecht und Strafrecht: Die allgemeinen Gesetze, unter ihnen das Strafgesetz, setzen gewissen Grundrechten Schranken, sind jedoch ihrerseits nach der wertsetzenden Bedeutung des jeweiligen Grundrechtes auszulegen und erscheinen so in ihrer das Grundrecht begrenzenden Wirkung selbst wieder von dem Grundrecht geprägt⁸⁰.

Die mittelbare Abhängigkeit des Strafrechts vom Verfassungsrecht bleibt auch insofern deutlich, als die Pönalisierung von Handlungen durch den

⁷⁷ Vgl. Sax a.a.O. S. 912 f.

⁷⁸ Ähnlich Sax a.a.O. S. 912; Foth JZ 1961 S. 402 in Anm. 16. Nur die ausdrücklich in die Verfassung aufgenommenen Grundsätze und Rechtsgüter des Strafrechts behandeln Scherner, Diss. S. 4 ff. und Ross, Diss. S. 3 ff.

⁷⁹ BVerfG 12 S. 296–308, 307 = NJW 1961 S. 723 f.

⁸⁰ Vgl. BVerfG JZ 1961 S. 535–537, 536 mit Anm. Helmut Ridder = DVBl 1961 S. 327 f.; BGHSt 12 S. 287–295, 293 f. = NJW 1959 S. 636 f.; Schwenk, NJW 1962 S. 1323 f., 2142; Reh binder, NJW 1962 S. 2141.

Strafgesetzgeber der Legitimation des Verfassungsgebers bedarf⁸¹: Das Menschenbild der Verfassung verbietet sowohl eine in sich unsachgemäß differenzierte Unterschreitung der Pönalisierung gemeinschaftsschädlicher Handlungen⁸² als auch straftatbestandliche Eingriffe in die Persönlichkeit des Einzelnen bei Fehlen der Strafbedürftigkeit, d. h. der Sozialschädlichkeit bestimmter Verhaltensweisen⁸³. Neben dieser objektiven Beziehung vom Unrecht her fordert das Verfassungsrecht auch eine bestimmte subjektive Einstellung des Strafgesetzgebers: Art. 1 GG läßt nur eine sittlich zu mißbilligende, persönlich vorwerfbare Handlung als Anlaß für Strafsanktionen zu; nur die schuldhaft Tat kann Ansatzpunkt für die Verhängung einer gerechten Strafe sein⁸⁴. Mag die Berücksichtigung generalpräventiver Belange in gewissem Rahmen auch zulässig sein, so würde es doch gegen den Grundsatz der Menschenwürde verstoßen, allein an den herbeigeführten Sozialschaden oder die Sozialgefährlichkeit anzuknüpfen, da der Einzelne in einem solchen sozialen Schutzrecht nur noch als Objekt und unselbständiges Glied der Gesellschaft erscheint⁸⁵. Auch für die Maßregeln der Sicherung und Besserung bleibt die Menschenwürde insofern Richtmaß, als nur

⁸¹ B o h n e, Menschenwürde S. 25 ff.; H a m a n n, NJW 1962 S. 1846 f. (unter Heranziehung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit des Mittels); H e l l m e r, Erziehung S. 140 und in RdJ Jg. 3 (1955) S. 235 bei Anm. 4; M a u n z - D ü r i g, GG Art. 2 Abs. 1 Randn. 76; S t r e e, Deliktsfolgen S. 5; (ebenso für das schweizerische Strafrecht: G e r m a n n, Kommentar a.a.O. Randn. 2 und Art. 1 Randn. 16; für das belgische Recht: R i g a u x - T r o u s s e, Les crimes S. 16 f.); a. A. S c h e r n e r, Diss. S. 4 f.; M i d d e n d o r f, RdJ a.a.O. S. 141; W o e s n e r, NJW 1961 S. 1384.

⁸² Für die fehlende Bestrafung der lesbischen Liebe lassen sich hieraus keine Bedenken herleiten, da die besondere Geschlechtsprägung der gleichgeschlechtlichen Unzucht bei der Frau nicht nur zu einer Verschiedenartigkeit der körperlichen Begehungsformen, sondern auch zu einem qualitativ anderen sozialen Erscheinungsbild und einer geringeren Sozialschädlichkeit führt; vgl. BVerfG 6 S. 389–443, 424 ff.; zu weiteren Straftatbeständen vgl. BVerfG 12 S. 296–308, 307 (zu § 90 a Abs. 1 und 3 StGB), BVerfG NJW 1963 S. 1195 (zu § 142 StGB), BGH 5 StR 49/55 vom 8. 3. 1955 (zu § 177 StGB), E r i c h K ü c h e n h o f f, Tatbestand und Praxis des § 92 StGB und das Wiedervereinigungsgebot des Grundgesetzes, NJW 1960 S. 221–226 (zu den Verfassungsschutzbestimmungen auch H a m a n n, NJW 1962 S. 1846 ff.); zu dem Rechtfertigungsgrund des § 193 StGB vgl. BVerfG Bd. 12 S. 113–132, 125.

⁸³ H a m a n n a.a.O. S. 1847 meint, Rechtsgüter, die in der grundgesetzlichen Wertordnung nicht verwurzelt sind, könnten auch nicht unter den Schutz des Strafrechts gestellt werden. Diese Aussage verliert jedoch wenigstens insofern an praktischer Bedeutung, als jedenfalls die (vom Strafgesetzgeber für schutzwürdig erachteten) Rechtsgüter des Individuums sämtlich aus der Wertordnung des GG ableitbar sind. Für die Frage der Schutzwürdigkeit und -möglichkeit staatlicher Interessen und Güter stellen sich bei der (allerdings unumgänglichen) Heranziehung der Menschenwürde als Gegenkomponente und Kontrollgröße Schwierigkeiten ein, die in Einzelfällen vom rechtlichen Standpunkt allein oft kaum zu lösen sind (vgl. auch oben S. 79).

⁸⁴ Vgl. B o h n e a.a.O. S. 24 f.; M a u n z - D ü r i g, GG Art. 1 Randn. 31, Art. 103 Randn. 104; M ü n c h, Menschenwürde S. 8; S a x a.a.O. S. 934 f., 961 f.; BGH NJW 1962 S. 212.

⁸⁵ Vgl. S a x a.a.O. S. 937; N o l l, Ethische Begründung S. 22. Diese „juristische Metaphysik“ (A n c e l) muß das deutsche Strafrechtsdenken unausweichlich von dem neuen *défence sociale*-System trennen.

die zur Sozialverteidigung unerlässlich notwendigen und erforderlichen Maßnahmen angewandt werden dürfen⁸⁶.

Immerhin bleiben materielles Strafrecht und verfassungsrechtliches Grundrechtssystem im Grunde voneinander verhältnismäßig unabhängige Wertordnungen⁸⁷; das materielle Verhältnis des Verfassungsrechts zum Strafprozeß- und Strafvollzugsrecht ist demgegenüber ein durchaus engeres.

c) Zwar stellt insbesondere auch das Strafprozeßrecht, niedergelegt in der Strafprozeßordnung vom 1. 2. 1877 und im Jugendgerichtsgesetz vom 4. 8. 1953, eine eigene Ordnung dar, doch ist diese von weit allgemeineren Wertgesichtspunkten beherrscht als etwa die sehr konkreten Schutztatbestände des besonderen Teiles im Strafrecht.

Das Strafverfahren dient als ständig neu sich vollziehender, dynamischer Vorgang der Durchführung und Bewährung des materiellen Strafrechts und damit letztlich der Verwirklichung der Gerechtigkeit, wobei es im Gegensatz zu den mehr statischen Normen des materiellen Strafrechts den von ihm Betroffenen notwendig einer manifesten Aktualisierung staatlicher Macht unterwirft. Hier wird konkret die Aktivität der Gemeinschaft gegenüber dem Einzelnen sichtbar, und insofern konkretisiert der Strafprozeß die im Strafgesetz gleichsam programmatisch aufgestellten Verteidigungsmittel der Gesellschaft.

Eine unmittelbare, eigene Wirkkraft hat das materielle Strafrecht nicht. Zwar strahlen die den einzelnen Tatbeständen zugrunde liegenden Normen durchaus auch im außerprozessualen Raum eine nicht zu unterschätzende Wirkung aus. Doch bedarf das Strafgesetz, das gleichzeitig Norm und Strafandrohung enthält, der prozessualen Anwendung, wenn die Bestrafung als eigentliches Nahziel des materiellen Strafgesetzes verwirklicht werden soll. Bedarf so nach richtiger Ansicht das materielle Strafrecht (anders als das Zivilrecht) notwendig der Umsetzung durch den Prozeß⁸⁸, so kann hier die endgültige Entscheidung der damit zusammenhängenden Fragen letztlich dahinstehen, geht es in unserem Zusammenhang doch allein um den staatlichen Eingriff.

Die alltägliche Durchführung des materiellen Strafrechtes im Prozeß bringt eine besonders große Gefahr des Mißbrauchs staatlicher Macht mit sich⁸⁹. Diese Erkenntnis kann auch nicht durch das Argument abgeschwächt werden, die grundrechtswidrige Aufstellung von Straftatbeständen durch den Strafgesetzgeber verletze in weit höherem Maße die Rechte des Individuums, da

⁸⁶ Vgl. Noll a.a.O. S. 18 mit Nachw. in Anm. 62.

⁸⁷ Zu diesem Ergebnis kommen neben den oben S. 79 in Anm. 78 Genannten auch: Lerche, AÖR Bd. 86 (1961) S. 488; Pfenninger, Fleiner-Festgabe S. 258; Stree, Deliktsfolgen S. 194 ff. u. ö.; Hamann, NJW 1962 S. 1846 bei Anm. 28.

⁸⁸ So Beling, Deutsches Reichsstrafprozeßrecht (1928) S. 1; Kern, Strafverfahrensrecht, 6. Aufl. 1960, S. 1; a. A. Eb. Schmidt, Lehrkommentar Bd. I Randn. 16 f.

⁸⁹ Vgl. Peters, Strafprozeß S. 66. Zum Folgenden bereits Tiedemann, MDR 1963 S. 456 (ff.).

der einmal aufgestellte verfassungswidrige Tatbestand infolge der steten Unterwerfung des Einzelnen unter die Strafrechtsordnung eine ständig fortwirkende Verfassungsverletzung darstelle. Vielmehr bringt die tausendfache Feststellung und Durchführung des staatlichen Strafanspruches eine in ihren vielen Einzelheiten besonders tiefgreifende Inanspruchnahme des einmal Beschuldigten mit sich.

Diese Einsicht mag – mehr oder weniger bewußt – auch das angloamerikanische Rechtssystem dazu geführt haben, den Gedanken des Rechtsstaates (rule of law) in einer vom kontinentalen Standpunkt aus rein verfahrensrechtlichen Weise zu sichern und durchzuführen⁹⁰.

Gerade weil das Strafverfahren mit seinem unsicheren Ziel der Gerechtigkeit nur einen beschränkten Eigenwert besitzt – dieser liegt in der rechtsstaatlichen Justizförmigkeit des Verfahrens –, hat die Wissenschaft seit langem den Strafprozeß in sich als Spannungsverhältnis zwischen Gerechtigkeit und Rechtssicherheit begriffen⁹¹, wobei die letztere in dieser Gegenüberstellung nichts anderes als die Gewährleistung der individuellen Freiheitsrechte bedeutet. Ist aber die dem Strafprozeßrecht eigentümliche Justizförmigkeit selbst „ein staatsrechtlich materialer Rechtswert“⁹², so bringt bereits die Natur des Strafprozesses⁹³ eine volle Entfaltung der Grundrechtsnormen in seinem Bereich mit sich. Zutreffend hebt Eberhard Schmidt hervor: „Die verfassungsmäßigen Grundrechte . . . geben gerade den Prozeßgrundsätzen Folie und Gehalt. In politisch besonders wichtigen Beziehungen . . . ist die Strafprozeßordnung nichts anderes als ein Ausführungsgesetz zum Bonner Grundgesetz.“⁹⁴ Diese Auffassung vom Strafprozeßrecht als „konkretisiertem Verfassungsrecht“ hat Niese durch die Annahme zu veranschaulichen versucht, daß er dem Prozeßrecht überall dort auch materiellrechtlichen Charakter zuschreibt, „wo aus dem Prozeß heraus . . . in den materiellen Raum – vorwiegend in Grundrechte – zu prozessualen Zwecken eingegriffen wird“⁹⁵. Diese Deutung einer Doppelfunktion gewisser Strafverfahrensnormen und -handlungen hat die Strafrechtspflege der Sache nach seit dem Vordringen rechtsstaatlicher Grundsätze beherrscht. Nicht nur das Strafgesetzbuch (§§ 336, 339, 341 f.), sondern auch die Litera-

⁹⁰ Vgl. Marsh, ROW Bd. 1 (1957) S. 16.

⁹¹ Vgl. Peters, Strafprozeß S. 69; Eb. Schmidt, Lehrkommentar Bd. I Nr. 20 S. 32; Baumann, Eb. Schmidt-Festschrift S. 528 bei Anm. 10.

⁹² Niese, ZStW Bd. 63 (1951) S. 218.

⁹³ Allgemein zur Natur der Sache im Strafrecht vgl. Günter Stratenwerth, Das rechtstheoretische Problem der „Natur der Sache“, Tübingen (Mohr) 1957 (Recht und Staat Heft 204); Karl Engisch, in: Eb. Schmidt-Festschrift 1961 S. 90 ff.; Arthur Kaufmann, Das Schuldprinzip, Heidelberg (Winter) 1961 S. 35 f., 103 u. ö.

⁹⁴ A.a.O. Nr. 279 S. 146; zustimmend Sax a.a.O. S. 910, 967; ähnlich für das italienische Recht: Manzini, Istituzioni S. 18.

⁹⁵ A.a.O.; zustimmend Eb. Schmidt, Lehrkommentar Bd. I Randn. 29 ff., 200 f. und Tiedemann a.a.O. S. 456.

tur hat dem Schutz der individuellen Grund- und Freiheitsrechte im Strafprozeß seit langem die gebührende Beachtung geschenkt⁹⁶.

Im einzelnen ergeben sich allerdings noch zahlreiche Einzelfragen, in denen die herrschende strafprozessuale Lehre und Rechtsprechung wenig Neigung zeigt, die Forderungen des Verfassungsrechtes zu verwirklichen⁹⁷. Fehlt es an einem konkreten Grundrechtsverstoß im Strafprozeß, so wird freilich nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes ein staatliches Fehlverhalten erst dann rechtsstaatswidrig, wenn der Verstoß von so ernstem Gewicht ist, daß er dem Verfahren als Ganzem oder einem Abschnitt den Charakter der Verfassungswidrigkeit aufträgt⁹⁸.

d) In zunehmendem Maße wird seit geraumer Zeit die geringe rechtsstaatliche, d. h. auch verfassungsrechtliche Durchdringung des Strafvollzugsrechtes beklagt. „Man sollte meinen, daß der Vollzug einer Freiheitsstrafe, bei dem der Verurteilte nun am eigenen Leibe spürt, was eigentlich der Urteilspruch des Richters bedeutet, mit denselben rechtlichen Garantien umgeben sein müßte wie das Zustandekommen des Urteilsspruches selbst.“⁹⁹

Dabei ist der Strafvollzug nach seiner Natur als dynamischer Vorgang einer Einwirkung auf den Gefangenen – insbesondere in der heute geübten Form des Erziehungsvollzuges – dem Strafprozeß durchaus wesensverwandt. Mit dem Gesamtgebiet des Strafrechts teilt der Vollzug jene Antinomie von Zweckgedanken und formaler Garantiefunktion, auf die bereits Grünhut hingewiesen hat¹⁰⁰.

Aber auch für sich betrachtet ist der Vollzug der Freiheitsstrafe seinem Wesen nach der einschneidendste Eingriff des Staates in die persönliche Freiheit als das Hauptgrundrecht des Individuums.

Allerdings ist erheblich umstritten, ob dem Strafvollzugsrecht der Charakter eines eigenständigen Rechtsgebietes zukommt. Für eine solche Autonomie

⁹⁶ Vgl. Peters, Strafprozeß S. 26 ff.; Sax a.a.O. S. 970 ff.; Markus Meyer, Der Schutz der persönlichen Freiheit im rechtsstaatlichen Strafprozeß. Aarau (Keller) 1962; Carlo Umberto Del Pozzo, Introduzione allo studio della libertà personale nel processo. Mailand (Giuffrè) 1959; Heinrich Vogt, Strafprozessuale Eingriffe in Freiheit und Eigentum des Bürgers, in: Festschrift „Aargauisches Strafprozeßrecht“ Aargau (Keller) 1961 S. 57 ff.; vgl. ferner die Beiträge in der Pfenninger-Festschrift „Strafprozeß und Rechtsstaat“, Zürich (Schulthess) 1956 (Bader S. 1 ff., Clerc S. 207 ff.; Schumann S. 129 ff.); auch die Arbeiten des VI. Internationalen Strafrechtskongresses in Rom 1953 und des II. Internationalen Kongresses der Commission Internationale des Juristes in Athen 1955.

⁹⁷ Nachweis solcher Fragen bei Tiedemann, MDR 1963 S. 457. Zum Kostenrecht Franz, MDR 1962 S. 949 f.; zur Ausschließung des Verteidigers BVerfG JZ 1963 S. 363 f., Eb. Schmidt, NJW 1963 S. 1753–1756; zur Geltung des Verfassungsgrundsatzes der Verhältnismäßigkeit im Recht der Untersuchungshaft Kühne, DRiZ 1963 S. 179 (ff.), Jescheck, GA 1962 S. 65 ff., 68 in Anm. 16, Baumann, JZ 1962 S. 649 ff., 651; aus der weiteren Rechtsprechung des BVerfG: Bd. 6 S. 7 ff. (Freispruch mangels Beweises), 7 S. 327 ff. (zu § 309 StPO), 9 S. 36 ff. (zu § 142 Abs. 1 StPO), 9 S. 89 ff. (zu § 308 StPO), 12 S. 62 ff. (zu dem Satz „ne bis in idem“, Art. 103 Abs. 3 GG).

⁹⁸ BVerfG 9 S. 231–237, 236.

⁹⁹ Frede, in: Stier-Somlo-Eltster Bd. II S. 615.

¹⁰⁰ In: Frede-Grünhut S. 20.

sind besonders Novelli¹⁰¹ und Manzini¹⁰² eingetreten; dagegen haben sich namentlich Stimmen der südamerikanischen Literatur erhoben¹⁰³. Die ablehnende Meinung sieht das Strafvollzugsrecht regelmäßig als Teil des materiellen Strafrechts an¹⁰⁴.

Diese Streitfrage kann für uns dahinstehen. Die Auffassung vom Strafvollzug als eines öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnisses ist heute allgemeine Ansicht, und man müßte auf Grund der oben angeführten Argumente zu einer umfassenden Einwirkung des Verfassungsrechts auf dieses Rechtsverhältnis kommen.

Folgendes bleibt allerdings zu berücksichtigen: Der Strafvollzug teilt mit dem Strafprozeß im engeren Sinne die Gemeinsamkeit eines relativ unbestimmten Zweckes. Dient der Prozeß der Verwirklichung der Gerechtigkeit durch Findung und Überführung des Schuldigen, so will der Vollzug die Strafe selbst verwirklichen. Eine solche Durchführung der verwirklichten Strafe setzt jedoch die Kenntnis vom Inhalt und Zweck der Strafe voraus. Damit scheint der Vollzug in seinem Endziel und in seiner Ordnung einer Unbestimmtheit zu verfallen, die durch den bekannten Streit über die Strafzwecke hinreichend charakterisiert wird. Hält man sich diese Unbestimmtheit des Zweckes vor Augen, so müßte man nach dem S. 82 Ausgeführten zu einer besonders intensiven Geltung der Grundrechte im Strafvollzug kommen.

Eine solche Argumentation würde jedoch wesentliche Gesichtspunkte übersehen. Einmal hat eine komplexe Betrachtung der Strafe die Gefangenen weitgehend davor bewahrt, in ihrer rechtlichen Stellung von dem unfruchtbaren Theorienstreit abhängig zu werden. Zum andern ist zu berücksichtigen, daß es der Strafvollzug im Gegensatz zum Strafprozeß mit Individuen zu tun hat, die ihrer Tat überführt und als schuldig verurteilt sind¹⁰⁵. Damit entfällt das dem Prozeß eigentümliche Spannungsverhältnis von Freiheit und staatlichem Zwang in gewisser Hinsicht.

Es liegt daher nahe, eine wie auch immer begründete generelle oder abgestufte Einschränkung der Grundrechte anzunehmen.

Die Frage hiernach wird daher im folgenden Abschnitt eingehend behandelt werden.

Daneben erhebt sich die Frage, inwieweit wiederum innerhalb des Vollzuges selbst weitere Abstufungen der Grundrechtsgeltung durch pädagogische Erwägungen (Progressivsystem!) zulässig sind.

¹⁰¹ Giovanni Novelli, *L'autonomia del diritto penitenziario*, Rivdirpenit Bd. 4 (1933) S. 5–56.

¹⁰² Trattato Bd. 3 Nr. 525 S. 43 in Anm. 1.

¹⁰³ Z. B. Jiménez de Asúa, *Tratado* Bd. I Nr. 17 S. 66; Bernaldo de Quirós, *Lecciones de derecho penitenciario*, Mexico (Universität) 1953, S. 11; anders aber etwa Julio Altman Smith, *Derecho penitenciario*, Revpentut April–Juni 1946 S. 8–13.

¹⁰⁴ So z. B. auch Grunau, *Mat.* Bd. 8, 1 S. 545 bei Anm. 116. Daß verfassungsrechtlich Androhung und Vollzug der Strafe scharf zu trennen sind, erkennt jetzt auch Dürig an (in Maunz-Dürig, GG Art. 2 Abs. 1 Randn. 77).

¹⁰⁵ Von den rechtlich wie menschlich schwierigen Fällen des Fehlurteils wird hier abgesehen; vgl. dazu Peters, *Kriminalpädagogik* S. 311 ff.

4. In vielem anders ist das materielle Verhältnis von Verfassungsrecht und Strafrecht in Frankreich. Auch auf diesem Gebiet macht sich die späte Anerkennung einer juristischen Bindungskraft und der mehr prinzipienhafte Charakter der Grundrechte deutlich bemerkbar.

a) Für den Bereich des materiellen Strafrechts schied die Möglichkeit eines echten Konfliktes von verfassungsmäßiger Wertordnung und strafrechtlicher Güterschutzordnung von vornherein aus. Solange der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte nur moralische und politische Bedeutung zukam, konnte ihr Einfluß auf das materielle Strafrecht notwendig nur ein philosophischer sein, der zwar als Emanation traditioneller und großer Prinzipien durchaus hoch zu veranschlagen ist¹⁰⁶, aber eben doch auf einer außerrechtlichen Ebene lag. Dieser Einfluß einer philosophischen Grundordnung auf ein in sich geschlossenes Rechtsgebiet verwirklichte sich mehr durch den allgemeinen Zeitgeist und durch öffentliche Kritik sowie möglicherweise durch eine freiheitlich gesinnte Praxis, mußte sich aber notwendig auf die Abstellung evidenter Übelstände beschränken.

Zwar können auch nach deutschem Recht die Grundrechte der Verfassung als „Garantie der außerrechtlichen Gegeninteressen“¹⁰⁷, d. h. als Verwirklichung des Rechtswertes im Gefüge der übrigen Kulturwerte begriffen werden; doch ist diese Garantie nur der materielle Grund für einen in der Ausgestaltung auch juristischen Gehalt der Grundfreiheiten als Abwehrrechte des Einzelnen gegen den Staat.

Immerhin blieb der Einfluß der als Grundordnung verstandenen Erklärung von 1789 nicht rein philosophisch, und das französische Strafrecht setzte im Laufe des 19. Jahrhunderts diese Prinzipien und ihren freiheitlichen Gehalt immer mehr in die juristische, legislative Wirklichkeit um.

So hatte Frankreich Ende des letzten Jahrhunderts ein sehr liberales Strafrechtssystem erreicht, in dem mit Ancel folgende Charakteristika zu finden sind¹⁰⁸:

Zunächst ist das Strafrecht ein Ausnahmerecht in dem Sinne, daß es nur im Falle wirklicher Notwendigkeit strafrechtlicher Sanktionen eingreift (vgl. Art. 8 Erklärung 1789) und auch dann noch das richterliche Ermessen eng begrenzt. – Weiterhin stellt das Strafrecht, insbesondere gegenüber dem Privatrecht, ein Sonderrecht dar, das eigene Mittel und Verfahren anzuwenden hat. – Endlich wird das für die soziale Stabilität der Gesellschaft notwendige Strafrecht in seinem Übelscharakter weitgehend durch eine humane und liberale Bewegung gemildert, die mit der französischen Revolution entstanden war, und den Schutz des Individuums zu verwirklichen suchte.

Die Veränderung dieses den Vorstellungen der Revolution ganz entsprechenden Strafrechtssystems begann mit dem Aufkommen der wissen-

¹⁰⁶ Vgl. Stefani-Levasseur, *Droit pénal* Nr. 28 S. 24; Fleur, *Diss.* S. 131. Zur mittelbaren Einwirkung der Grundrechte auf das Strafrecht auf Grund von Weltanschauungswandlungen vgl. auch Scherner, *Diss.* S. 57 ff.

¹⁰⁷ Kohlrausch-Lange, *StGB* § 2 Anm. III A 6 b.

¹⁰⁸ *Rep. fr. Bd. V* (1948) S. 81 f.; zustimmend Garçon, *Code pénal* Art. 4 Anm. A 7.

schaftlichen (positivistischen) Schulen gegen Ende des 19. Jahrhunderts, also mit dem Gedanken eines nicht-vergeltenden Maßregelrechts zum Schutze der Gesellschaft. Änderten diese neuen Lehren zunächst nur das Klima, in dem sich das liberale Strafrecht des 19. Jahrhunderts entfaltet hatte, so folgten doch bald, allerdings außerhalb Frankreichs, einschneidende Änderungen in der Gesetzgebung. Aber auch in Frankreich selbst führte die Verwaltung der späten III. Republik durch das System der gesetzesvertretenden Verordnungen (*décrets-lois*) und der Internierungen auf Grund bloßer Verfügungen (*internement administratif*) zu einem Zustand, der durchaus im Widerspruch zu den Prinzipien von 1789 stand¹⁰⁹.

Demgegenüber steht die heutige Strafgesetzgebung unter drei neuen Aspekten, die zwar weniger auffällig sind, gleichzeitig aber doch als Zeichen ihrer Zeit deutlich machen, daß die Erklärung von 1789 in vielem heute kaum noch als Basis des Strafrechts dient bzw. dienen kann. Hierin dürfte sich allerdings weniger eine „Verfassungswidrigkeit“ als vielmehr die durchlaufene historische Entwicklung manifestieren, die über eine große liberale und individualistische Erklärung einfach hinweggeht.

So stellen etwa Art. 5 und 8 der historischen Grundrechtserklärung die Grundsätze auf, daß „das Gesetz nur die der Gesellschaft schädlichen Handlungen verbieten kann“ und: „alles, was nicht durch Gesetz verboten ist, kann nicht untersagt werden; ferner kann niemand zu einer vom Gesetz nicht gebotenen Handlung gezwungen werden“ (Art. 5). „Das Gesetz kann nur strikt und evident notwendige Strafen aufstellen; niemand kann nach einem nicht vor Begehung der Tat aufgestellten Gesetz bestraft werden.“ (Art. 8)

Heute ist demgegenüber allgemein anerkannt, daß die moderne Kriminalität nicht nur in ihren Ursachen, sondern auch in ihren Äußerungen ein komplexes Problem ist, das zu einer ebenso großen Komplizierung wie Ausdehnung des Strafrechts geführt hat, die bis weit in den Bereich des Zivilrechtes hineinreicht. Hier würde die vielfach geforderte Einschränkung des Strafrechts¹¹⁰ nicht nur mit einer Entlastung der Gerichte und Strafanstalten faktische Erleichterungen bringen, sondern zugleich eine Rückkehr zu den jedenfalls insoweit gesunden Prinzipien der französischen Revolution bedeuten.

Liegt es vom deutschen Rechtsstandpunkt aus nahe, die Einschränkung und damit die Stärkung der heute allzu weit ausgedehnten Strafgewalt des Staates als ein Gebot des Verfassungsrechts anzusehen, so ist doch noch

¹⁰⁹ Vgl. Ancel a.a.O. S. 85.

¹¹⁰ Vgl. Stefani-Levasseur a.a.O. Nr. 29 S. 27; Hugueney, RSC Bd. 21 (1961) S. 424; K. Peters, Eb. Schmidt-Festschrift (Göttingen 1961) S. 488–510 und in Kriminalpädagogik S. 83 f.; Sax, Grundrechte Bd. III, 2 S. 919 f.; Eb. Schmidt, Zuchthäuser S. 27; Hamann, NJW 1962 S. 1846 bei Anm. 9, der zutreffend darauf hinweist, daß die Äußerungen gegen die Hypertrophie des Strafrechts (auch in Deutschland) meist aus Gesichtspunkten der Zweckmäßigkeit und der Kriminalpolitik (und nicht aus denen des Verfassungsrechts) fließen. – Für Deutschland bietet sich als einfachste Lösung die Umwandlung von Kriminaldelikten in Ordnungswidrigkeiten an; diese Möglichkeit fehlt bisher im Ausland.

einmal darauf hinzuweisen, daß die französische Wissenschaft bisher den augenblicklichen Zustand zumindest nicht ausdrücklich als „verfassungswidrig“ bezeichnet hat. Diese elastischere Einstellung der französischen Rechtslehre mag damit zusammenhängen, daß nach französischer Auffassung das Verfassungsrecht demokratischer Nationen im Sinne der politischen Wissenschaft in besonderem Maße juristische Logik mit den Verfassungsrealitäten zu verbinden hat, um die normative Seite richtig zu deuten¹¹¹. Jeder Dogmatismus wird damit als auf politische und verfassungsrechtliche Realitäten unanwendbar verworfen.

So wird auch hinsichtlich der ungeheuren Ausdehnung des Strafrechts lediglich darauf hingewiesen, daß diese zum großen Teil eine bedauerliche Folge des modernen staatlichen Interventionismus und Dirigismus ist, der durch eine strafrechtliche Sanktionierung der Verletzung eines Netzes von ordnenden Verwaltungsvorschriften und Spezialgesetzen gesichert werden soll¹¹². Dieser Stand der Dinge wird eher als ein Faktum hingenommen: „Die staatliche Lenkung ist eine Tatsache, aus der notwendig ein ökonomischer Dirigismus folgt; der strafrechtlich-repressive Dirigismus ist wiederum nichts anderes als ein Teil des letzteren. Es wäre unsinnig, die Komplexität einer modernen Welt mit Mitteln beherrschen zu wollen, die mehr als 150 Jahre zurückliegen.“¹¹³ Freilich wird im Ergebnis auch hier die Erarbeitung eines Gleichgewichtes zwischen den traditionellen, dauerhaften Verfassungsprinzipien und den aus Augenblicksbedürfnissen entstandenen Regeln einer sozial fortgeschrittenen Gesellschaft gefordert; doch soll das erst nach Überwindung des augenblicklichen Übergangszustandes möglich sein.

Für den Bereich des Strafrechts wie für alle Bereiche des Rechts verlor die Frage nach Verfassungswidrigkeiten gesetzlich geregelter Zustände dadurch jedes praktische Interesse, daß die Rechtsprechung auch verfassungswidrige Gesetze zu beachten hat; nur für das Gebiet der Ausführungs- und Durchführungsverordnungen konnte seit langem ein Verstoß gegen das Gesetz oder die allgemeinen Rechtsgrundsätze den Strafrichter dazu führen, die betreffende Vorschrift nicht anzuwenden¹¹⁴.

Sucht man im übrigen nach einer weitergehenden dogmatischen Behandlung unserer Frage in der französischen Literatur, so wird man regelmäßig darauf hingewiesen, daß zwischen Strafrecht und öffentlichem Recht, insbesondere dem Verfassungsrecht, enge Beziehungen bestehen und daß die Entwicklung des ersteren von den politischen und verfassungsrechtlichen

¹¹¹ Vgl. Mirkine-Guetzévitch, Rep. fr. Bd. V (1948) S. 70; Burdeau, Droit constitutionnel S. 454, 510; Duverger, Institutions politiques S. V. Dieser Forderung entspricht weitgehend Karl Loewenstein, Verfassungslehre, Tübingen (Mohr) 1959, und in AöR Bd. 72 (1951/52) S. 387–435 („Verfassungsrecht und Verfassungsrealität“). Kennzeichnend für den Streitstand in Deutschland sind etwa die kurzen Bemerkungen bei Maunz, Staatsrecht S. 170, 397 einerseits und Erich Küchenhoff, NJW 1960 S. 224 in Anm. 10 andererseits.

¹¹² Vgl. Stefani-Levasseur aa.O. Nr. 21 S. 19; Ancel aa.O. S. 87.

¹¹³ Ancel aa.O.

¹¹⁴ Vgl. Bouzat, Traité Nr. 104 S. 108 ff.

Prinzipien des Staates abhängt¹¹⁵, doch wird im einzelnen nur auf die Fälle des Hochverrates durch die Staatsorgane und auf Delikte gegen das Staatswesen hingewiesen¹¹⁶.

So gilt die von Stree¹¹⁷ für Deutschland und von H. Schultz¹¹⁸ für die Schweiz getroffene Feststellung, es bestehe ein allgemeines Zögern bei Heranziehung der Verfassung zur Überprüfung strafrechtlicher Normen, in besonderem Maße auch für Frankreich, und zwar zumindest, was das Juristische angeht: Hier hat sich die traditionelle Einstellung durch das Vordringen einer juristischen Bewertung der Grundrechte bisher praktisch noch nicht geändert.

Zuzugeben ist, daß allerdings für die französische Rechtsprechung weiterhin jede Diskussion über einen Verfassungsverstoß durch das materielle Strafrecht ausscheidet, da dieses durch Gesetz oder jedenfalls mit Gesetzeskraft geregelt ist.

Es verdient jedoch hervorgehoben zu werden, wie auch eine nicht formalistische Auffassung vom Verfassungsrecht (im weitesten Sinne) einen maßgeblichen Einfluß auf das materielle Strafrecht ausüben kann. Im wesentlichen unberührt durch die geschichtliche Entwicklung sind nämlich eine Reihe von Prinzipien, die von der Revolution in das Strafrecht eingeführt worden sind und auch in Deutschland allgemeine Gültigkeit haben¹¹⁹. Daneben hat die Achtung individueller Freiheiten eine große Anzahl von Tatbeständen aus dem Strafgesetzbuch verschwinden lassen¹²⁰.

Als rechtsstaatliches Grundprinzip ist zunächst das der *légalité des délits et des peines* zu nennen, niedergelegt in Art. 8 Erklärung 1789 und im deutschen Sprachkreis unter der lateinischen Bezeichnung „*nullum crimen, nulla poena sine lege*“ bekannt. Obwohl es in Frankreich nur im Strafgesetzbuch (Art. 4) seinen Niederschlag gefunden hat, wird ihm doch Verfassungsrang zugesprochen¹²¹. Daß der Code von 1810 einen richterlichen Ermessensspielraum wenigstens für das Strafmaß wieder einführte, war eine nur

¹¹⁵ Vgl. Bouzat a.a.O. Nr. 5 S. 3; Vidal-Magnol, Cours Nr. 53 S. 67. Stefani-Levasseur a.a.O. Nr. 29 S. 26 sprechen von einem „direkten Einfluß“.

¹¹⁶ So z. B. bei Bouzat a.a.O. und bei Stefani-Levasseur a.a.O. Eingehend behandeln diese Frage für das deutsche Recht: Ross, Diss. S. 5 ff.; Käckell, ZStW Bd. 41 (1920) S. 684 ff.; Kiesow, DJZ Jg. 24 (1919) Sp. 871 ff. und neuestens E. Kern, Der Strafschutz des Staates und seine Problematik, Recht und Staat Heft 270/271, Tübingen 1963.

¹¹⁷ Deliktsfolgen S. 1.

¹¹⁸ SchwZStrafR Bd. 77 (1961) S. 21. Von dieser allgemeinen Äußerung nimmt Schultz jedoch ausdrücklich Adolf Ger mann aus; vgl. z. B. dessen Beitrag „Schutz der persönlichen Freiheit im Strafrecht“, in: Die Freiheit des Bürgers im schweizerischen Recht, Festgabe zur Hundertjahrfeier der Bundesverfassung, Zürich (Polygraphischer Verlag) 1948, S. 257–270; ferner Kommentar, Allgem. Vorbem. Randn. 2.

¹¹⁹ Vgl. zum folgenden: Garçon, C. p. Art. 4 Anm. A 3 ff., Anm. C 41 ff. vor Art. 6 ff.; Bouzat a.a.O. Nr. 76 ff. S. 86 ff., Nr. 324 S. 298; Vouin-Léauté, Droit pénal S. 76 ff.; Hauriou, Droit constitutionnel S. 639.

¹²⁰ Vgl. Vidal-Magnol a.a.O. Nr. 53 S. 67.

¹²¹ Vgl. Garçon a.a.O. Art. 4 Anm. A 4 und 18.

natürliche Reaktion gegen das allzu starre System der festen Strafen im Strafgesetzbuch vom 25. September/6. Oktober 1791.

Das Prinzip der *légalité* dient übrigens vielen Autoren zur Ableitung des Verbotes rückwirkender Strafgesetze¹²².

Neben diesem Prinzip der *légalité* ist als seine notwendige Entsprechung der Gleichheitsgrundsatz anzuführen.

b) Führt bereits das Prinzip der *égalité des peines* in den Bereich des Vollzugsrechtes, so gilt das noch mehr von dem dritten Prinzip, dem der Beschränkung der Strafe auf die Person des Kriminellen (*personnalité des peines*).

Endlich müssen die Strafen und ihr Vollzug „moralisch“ sein (*moralité des peines*), d. h. die Leiden der Gefangenschaft dürfen den Einzelnen weder zerbrechen noch der Sensations- oder Schaulust der Volksmenge dienen. Zugleich bedeutet dieses Prinzip eine Begrenzung des Strafvollzuges durch Achtung der Würde des Gefangenen, seiner Körperintegrität und seiner religiösen Vorstellungen.

So wird auch in Frankreich heute die Unterwerfung der Vollzugsverwaltung unter gewisse Prinzipien der Verfassung betont¹²³, wenngleich dieselben ähnlich den naturrechtlichen Ideen mehr große Leitbilder als konkrete Verhaltensnormen darstellen. Darüber hinaus aber unterliegen die zahlreichen Vorschriften des V. Buches des C. p. p., soweit sie nicht mit Gesetzeskraft ergangen sind, jetzt nicht nur der Beachtung der allgemeinen Rechtsgrundsätze, wie sie besonders durch die Rechtsprechung des Conseil d'Etat erarbeitet sind, sondern auch einer Bindung an die verfassungsmäßigen Menschen- und Bürgerrechte.

Inwieweit diese Grundrechte im Gefangenschaftsverhältnis nach französischer Rechtsauffassung einschränkbar sind, wird im folgenden Abschnitt dargelegt.

c) Ergänzend sei jedoch noch bemerkt, daß – ähnlich wie in Deutschland – auch in Frankreich dem Schutz der Grundrechte im Bereich des Strafverfahrens seit langem besondere Beachtung geschenkt worden ist¹²⁴. Doch herrscht auch hier die Auffassung vor, daß das positive (Prozeß-)Recht die Achtung der Menschenrechte im Strafverfahren in konstitutiver Weise „organisiert“ und ausgestaltet¹²⁵. Die Reaktion etwa auf die Beschränkung der Verteidigungsrechte durch die V. Republik zeigt zwar deutlich den freiheitlich-kritischen Geist der französischen Wissenschaft und Praxis¹²⁶; sie läßt jedoch zugleich deutlich werden, daß die öffentliche Kritik nicht immer

¹²² Vgl. Garçon a.a.O. Art. 4 Anm. C 66. Im Gegensatz zur herrschenden Meinung mißt dieser Kommentar im Anschluß an Duguit, *Traité* Bd. 2 S. 229 f., diesem Verbot ebenfalls Verfassungsrang bei, vgl. a.a.O. Anm. C 75.

¹²³ Vgl. Ancel, *Traitement* S. 26.

¹²⁴ Vgl. Stefani-Levasseur, *Procédure pénale* Nr. 248 ff. S. 247 ff.; Esmein, *Éléments* Bd. 2 S. 599 ff.; Maurice Garçon, *La protection de la liberté individuelle durant l'instruction*, *Revintdrpn* Bd. 24 (1953) S. 109–128.

¹²⁵ Vgl. Stefani-Levasseur a.a.O. Nr. 256 S. 239.

¹²⁶ Vgl. die Tagungsberichte in *Die Welt* Nr. 240 vom 13. 10. 1960 (dazu Tiedemann, „Strafverteidiger“, *Die Welt* Nr. 246 vom 20. 10. 1960) und in *Le Monde* Nr. 5221 vom 31. 10. 1961 S. 11.

zur hinreichenden Wahrung der Rechte des Einzelnen geeignet und imstande ist.

5. Der generellen Wichtigkeit des Problems wegen sei wenigstens kurz ein Blick auf die weitere ausländische Literatur geworfen.

a) Das spanische und lateinamerikanische Schrifttum hebt allgemein ebenfalls die engen Beziehungen des Strafrechts zum öffentlichen Recht und insbesondere zum Staats- und Verfassungsrecht hervor¹²⁷. Ist beiden Rechtsgebieten besonders die Staatsauffassung gemeinsam, so werden die konkreten Auswirkungen dieser Gemeinsamkeit einmal in der Existenz politischer Delikte, zum andern aber besonders darin gesehen, daß im Grunde jede neue Verfassung ein neues Strafgesetzbuch nötig mache¹²⁸.

b) In Italien hat sich für unsere Problematik der enge Zusammenhang ausgewirkt, der seit langem die deutsche und italienische Strafrechtswissenschaft methodisch verbindet: Die nach dem Untergang eines totalitären Regimes wiedergefundene Erkenntnis einer freiheitlichen Verfassung hat auch hier zu einer eingehenden dogmatischen Untersuchung des Verhältnisses von Staatsgrundgesetz und Strafrecht geführt. Hiervon geben die Monographien von Nuvo lone und Rossi deutlich Zeugnis¹²⁹. Das Verfassungsrecht legt die Grundlinien des italienischen Strafrechts fest und fordert im einzelnen z. B. als Voraussetzung jeder Strafsanktion persönliche Schuld¹³⁰.

Auch das belgische Schrifttum behandelt eingehend das Verhältnis der verfassungsmäßig garantierten Grundfreiheiten zum Strafrecht¹³¹, und Art. 151 des belgischen Strafgesetzbuchs stellt allgemein jeden „Angriff auf die durch die Verfassung gewährleisteten Freiheiten und Rechte“ durch Beamte unter Strafe¹³².

¹²⁷ Vgl. Jiménez de Asúa, Tratado Bd. 1 Nr. 41 S. 191.

¹²⁸ So unter Wiederaufnahme bereits von Ortolan ausgesprochener Gedanken: Félix Aramburu, Adiciones a Pessina, Elementos S. 39; ähnlich Scherner, Diss. S. 23 ff.; vgl. auch Flandrak, Die Auswirkungen einer individualistischen und universalistischen Staatsauffassung auf die Gestaltung des Strafrechts, Wien 1934; ferner Cuello Calón, Revderpol 1951 S. 12 ff.

¹²⁹ Pietro Nuvo lone, Le leggi penali e la Costituzione, 1953, und in Giur. cost. 1956 S. 257 ff. („Norme penali e principi costituzionali“); Paolo Rossi, Lineamenti di Diritto penale costituzionale, 1954; vgl. ferner Perrucatti, Pena dell'ergastolo S. 296.

¹³⁰ Vgl. Marcello Gallo, La legittimità costituzionale dell'art. 57 n. 1 c. p., e un problema di efficacia delle pronunce di rigetto, Rivitdirpen Bd. 9 (1956) S. 455–469, 456 bei Anm. 2.

¹³¹ Vgl. besonders Rigaux-Trousse, Les crimes Bd. II.

¹³² Weniger weitgehend Art. 114 franz. C. p.

IV. ABSCHNITT

Die generelle Einschränkung der Grundrechte im Strafvollzug

Soll im folgenden die generelle Einschränkung der verfassungsmäßigen Grundrechte für das Strafgefangenschaftsverhältnis untersucht werden, so ist bereits vorweg festzustellen, daß diese Frage in ihrer Allgemeinheit eingehend nur in Deutschland behandelt ist. Lediglich für das schweizerische Recht liegen einige Arbeiten vor, die in ähnlicher Weise versuchen, die Einschränkungen der Grundrechte dogmatisch festzulegen und zu rechtfertigen.

Das ungleich geringere Interesse, das dieser Fragenkomplex bisher in Frankreich gefunden hat, mag einmal damit zusammenhängen, daß den Grundrechten bis in die jüngste Zeit keine rechtliche Bindungskraft zugesprochen und darüber hinaus jedenfalls in der Praxis eine Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen abgelehnt wurde. Diese bereits aufgezeigten verfassungsrechtlichen Verhältnisse dürften ferner dazu beigetragen haben, daß eine exakte Schrankensystematik für die Grundrechte nicht entwickelt wurde; von dem Standpunkt aus, daß erst die Gesetze die Freiheitsrechte aktualisieren, erschien diese praktische Einstellung der französischen Staatsrechtslehre durchaus einleuchtend. Die Ausdehnung der Verordnungsbefugnis der Exekutive dürfte jedoch schon bald eine Wandlung notwendig machen.

1. In Deutschland und der Schweiz wird gleichermaßen häufig zur Rechtfertigung einer generellen Grundrechtseinschränkung im Gefangenschaftsverhältnis die Lehre vom besonderen Gewaltverhältnis herangezogen¹.

Diese Doktrin geht von folgender, durch Laband begründeter und insbesondere von Otto Mayer aufgenommener Unterscheidung aus: Zwischen dem Staat und dem Einzelnen besteht notwendig als Über- und Unterordnungsverhältnis ein „allgemeines Gewaltverhältnis“, in dem die von der Verfassung garantierten Grundrechte die Wirkungsbereiche von Staatsgewalt und Individualsphäre voneinander abgrenzen. Aus diesem allgemeinen Verhältnis des Bürgers zum Staat kann ein spezielles werden, wenn sich der Einzelne – freiwillig oder unfreiwillig – in eine bestimmte nähere Beziehung zur Staatsgewalt begibt und dadurch zum Mitglied des Verwaltungsmecha-

¹ Vgl. für Deutschland zusammenfassend: OLG Nürnberg GA 1961 S. 247–250, 249; BayVerfGH NJW 1963 S. 1774; OLG Hamburg NJW 1963 S. 1789–1791, 1790; Tiedemann, RSC Bd. 22 (1962) S. 490 f.; Weiß, ZStrafvollz Jg. 8 (1958/59) S. 266 f.; für die Schweiz Zürcher, in Hafner-Zürcher S. 95; Köhl, Diss. S. 29 ff. mit Nachw. auf S. 65 ff.

nismus wird. Der Staat kann von dem so in den Ablauf seiner Verwaltungstätigkeit Aufgenommenen kraft seiner inneren Organisationsgewalt in erhöhtem Maße Gehorsam verlangen (vgl. bereits ALR II 10). Solche „besonderen Gewaltverhältnisse“ können als Statusverhältnisse unmittelbar durch Gesetz oder durch Verwaltungsakt wie auch durch freiwillige Unterwerfung begründet werden. Das Hauptbeispiel für das (freiwillig begründete) besondere Gewaltverhältnis ist das Beamtenverhältnis, hinzu tritt das gesamte Anstaltsrecht, wenngleich in dieser Hinsicht die Meinungen über die Einbeziehung aller Anstaltsverhältnisse auseinandergehen².

Unbestritten ist jedoch, daß jedenfalls die sogen. Zwanganstalten besondere Gewaltverhältnisse darstellen.

Versteht man unter einer Anstalt des öffentlichen Rechts nach der klassischen Definition Otto Mayers einen „Bestand von Mitteln, sächlichen wie persönlichen, welche in der Hand eines Trägers öffentlicher Verwaltung einem besonderen öffentlichen Zweck dauernd zu dienen bestimmt sind“³, so müssen auch die Strafanstalten als (nicht-rechtsfähige) Anstalten des öffentlichen Rechts angesehen werden⁴. Eine abweichende Ansicht vertritt besonders Nebinger⁵, der das Kriterium der Nutzbarkeit der Anstaltseinrichtung einführt; Arbeitshäuser und Strafanstalten sollen daher aus dem Begriff der Anstalt ausscheiden, da sie den „Benutzern“ keinen materiellen Vorteil gewähren.

Der Versuch Spannagels⁶, diese Begrenzung des Anstaltsbegriffes historisch nachzuweisen und die Einbeziehung des Strafvollzuges in den (erweiterten) Anstaltsbegriff als eine erst nach den Arbeiten Freudenthals üblich gewordene Hilfskonstruktion zu erweisen, kann jedoch kaum zugestimmt werden, findet sich doch bereits bei Otto Mayer⁷ die Einordnung der Gefängnisse in den Begriff der öffentlich-rechtlichen Anstalt (in der Unterart der „Versorgungsanstalt“). Gibt man im übrigen zu, daß der Gefangene rechtlich in einem besonderen Gewaltverhältnis steht⁸, so kann die Frage nach der Nutzbarkeit der Anstalt überhaupt dahinstehen.

² Vgl. Wolff, Verwaltungsrecht I § 32 IV c 4; ferner die Diskussionsäußerungen in VVdStRL Heft 15: Ipsen ebda S. 200, Weber ebda S. 186.

³ Verwaltungsrecht Bd. 2 S. 268; ähnlich Forsthoff, Verwaltungsrecht § 24 II 3 S. 433; Wolff, Verwaltungsrecht I § 34 I b 2.

⁴ Zu diesem Ergebnis kommt auch die ganz herrschende Meinung, vgl. Grunau, Mat. Bd. 8, 1 S. 544 und in ZStW Bd. 70 (1958) S. 510; Mittermaier, Gefängniskunde S. 2.

⁵ Robert Nebinger, Verwaltungsrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. Stuttgart 1949, S. 136 f.; zustimmend Röhl, JZ 1954 S. 68; Spannagel, Diss. S. 61 f.

⁶ A.a.O.

⁷ Vgl. oben S. 37 in Anm. 65; weitere Nachweise über die ältere Literatur bei Grünhut, in Frede-Grünhut S. 4 in Anm. 4.

⁸ Dieses soll nach Peters, Kriminalpolitische Stellung S. 201, bereits mit Begehung der Straftat entstehen. Materiell ist das zumindest in dem Sinne richtig, daß das gleichzeitige Entstehen des staatlichen Strafanspruches bereits zu einer (latenten) Sonderstellung des Einzelnen führt; eine erhöhte Pflichtenstellung im Sinne des traditionell-öffentlich-rechtlichen besonderen Gewaltverhältnisses wird hierdurch jedoch weder tatsächlich noch rechtlich begründet; vgl. BayVerfGH VerwRspr 10 S. 269–276, 274 und Bruns, GA 1959 S. 218 ff.

Muß es jedoch nach richtiger Ansicht bei der Unterstellung der Strafanstalten unter den Begriff der öffentlich-rechtlichen Anstalt bleiben, so ist infolge dieser speziellen Ausprägung eines besonderen Gewaltverhältnisses jeder, der in den tatsächlichen Wirkungsbereich der Anstalt gerät, der Anstaltsgewalt unterworfen. Gegenüber Außenstehenden wirkt diese besondere Anordnungsbefugnis und Befehlsgewalt jedoch nicht⁹.

Während unter der Weimarer Reichsverfassung die Auffassung vorherrschte, daß die Grundrechte im besonderen Gewaltverhältnis keine Geltung haben, die Verwaltung also insoweit vom Gesetzesvorbehalt befreit sei, ist es heute in Deutschland und in der Schweiz herrschende Meinung, daß auch das besondere Gewaltverhältnis keinen grundrechtsfreien Raum darstellt¹⁰.

Für die geschlossenen, d. h. unfreiwillig eingegangenen besonderen Gewaltverhältnisse und entsprechend für die „geschlossenen“ Anstalten wie insbesondere die Strafanstalten wird allgemein eine Einschränkung der Grundrechte nur insoweit für zulässig erachtet, als der Zweck der jeweiligen Anstalt zu seiner Verwirklichung diese Einschränkung notwendig mit sich bringt¹¹. Diese generelle Beschränkung der Anstaltsgewalt rechtfertigt sich durch die Überlegung, daß der Einzelne hier – im Gegensatz zu den offenen Gewaltverhältnissen – der erhöhten Einwirkung der Staatsgewalt nicht jederzeit (freiwillig) sich entziehen kann und überdies eine stillschweigende Einwilligung in weitergehende Grundrechtseinschränkungen nicht angenommen werden kann. Auch im besonderen Gewaltverhältnis gilt dabei die Vermutung zugunsten der Rechte und Freiheiten und zuungunsten ihrer Beschränkbarkeit¹². Allerdings ist mit dieser (selbst begrenzten) Anstaltsgewalt in das Grundrechtssystem eine Schranke eingeführt, die durch eine ausdrückliche Verfassungsnorm nicht gerechtfertigt wird. Gleichwohl wird die Zulässigkeit dieser Einschränkung überwiegend bejaht, da die Verfassungen neben ausdrücklichen auch implizite („stillschweigende“) Schranken kennen¹³. Zur näheren Begründung werden im einzelnen durchaus unterschiedliche Argumente herangezogen:

a) Eine konsequent durchgeführte Schrankensystematik findet sich bei Friedrich Klein¹⁴.

⁹ Die herrschende Meinung verneint damit die Existenz einer „Anstaltspolizei“, vgl. Forsthoff, Verwaltungsrecht § 22, 2 d S. 398; a. A. O. Mayer, Verwaltungsrecht Bd. II S. 284.

¹⁰ Vgl. Köhl, Diss. S. 94 mit Nachw.

¹¹ Vgl. BVerwG NJW 1958 S. 1407–1410, 1409; VGH Stuttgart, DÖV 1958, S. 498–501, 499; OLG Bremen NJW 1963 S. 1465; Wolff, Verwaltungsrecht I § 32 IV c 3; Tiedemann, NJW 1963 S. 1841.

¹² Vgl. v. Mangoldt-Klein, GG Vorbem. B XV 5 S. 139; Maunz, Staatsrecht S. 119.

¹³ Vgl. v. Mangoldt-Klein a.a.O. B XV 1 b S. 121 ff.; Maunz, Staatsrecht S. 96; Bridel, Liberté du citoyen S. 99; Ruck, Schweizerisches Staatsrecht S. 97 bei Anm. 94; C. G. Tiedemann, The unwritten Constitution of the United States, New York 1890, S. 139 ff.

¹⁴ In v. Mangoldt-Klein a.a.O. Vorbem. B XV 2, 3 S. 123 ff.

Dieser unterscheidet Gewährleistungs- und Vorbehaltsschranken; die ersteren sind als immanente Schranken der Grundrechte in der Art ihrer verfassungsrechtlichen Gewährleistung selbst enthalten, so daß ein Grundrecht überhaupt erst in dem durch sie bezeichneten Umfang entstehen kann¹⁵. Dagegen schränken die letzteren den als feststehend angenommenen Inhalt der Grundrechte auf bestimmten Rechtsgebieten wieder ein¹⁶.

Die Gewährleistungsschranken können sich auf die gewährleisteten Objekte beziehen („sachliche Gewährleistungsschranken“) oder (und) auf die Person des Grundrechtsträgers („persönliche Gewährleistungsschranken“).

Zu den persönlichen Gewährleistungsschranken zählt Klein auch das Stehen in einem besonderen Gewaltverhältnis¹⁷.

Aus der aufgezeigten Unterscheidung folgert Klein, daß nur für die Vorbehaltsschranken ein ausdrücklicher (Beschränkungs-)Vorbehalt in der Verfassung selbst erforderlich ist, da die Ausfüllung der durch Gewährleistungsschranken festgelegten Grundrechtsbeschreibungen nach der Natur der Sache durch Gesetz und (oder) jede sonstige staatliche Maßnahme erfolgen kann¹⁸. Nur für die geschlossenen besonderen Gewaltverhältnisse verlangt Klein, daß der Unterwerfungstatbestand selbst, also die Begründung des „Grundverhältnisses“, durch Gesetz vorgesehen ist. Diesem formellen Erfordernis sieht Klein für den Strafvollzug als persönliche Gewährleistungsschranke durch die Art. 12 Abs. 4, 102 ff. GG und durch die Vorschriften der Strafprozeßordnung Genüge getan.

Der Lehre Kleins stimmen insbesondere Grunau¹⁹, der Bayerische Verfassungsgerichtshof²⁰, von Münch²¹ und das Oberlandesgericht Nürnberg²² zu, während sich besonders Herbert Krüger²³ und Spannagel²⁴ ablehnend äußern.

Unzutreffend erscheint jedoch die Ansicht der Kritiker, soweit sie den von Fall zu Fall wechselnden Gehalt der Grundrechte in den jeweiligen besonderen Gewaltverhältnissen bemängelt und hervorhebt, das Grundgesetz spreche „nur von einem Grundrecht auf Leben und Gesundheit, nur von einem Recht, Vereine zu bilden“ und verwerfe „zeitlich verschiedene Grundrechtsbegriffe“²⁵. Ist es wirklich so wenig rechtsstaatlich, wenn „die Grundrechte des Verurteilten . . . während der Straftat andere

¹⁵ A.a.O. Vorbem. B XV 2 S. 123.

¹⁶ A.a.O. Vorbem. B XV 3 S. 129.

¹⁷ A.a.O. Vorbem. B XV 2 e S. 129, B XVI 4 S. 136; zustimmend Wolff, Verwaltungsrecht I § 32 IV c 3.

¹⁸ A.a.O. Vorbem. B XVI 4 S. 136.

¹⁹ Mat. Bd. 8, 1 S. 544 und in ZStW Bd. 70 (1958) S. 511 bei Anm. 10.

²⁰ Verwaltungsrpr. Bd. 13 S. 1–5, 3; Bd. 10 S. 269–276, 274.

²¹ JZ 1958 S. 73; auch R. Herzog, AöR Bd. 86 (1961) S. 204; Schnorr, JuS 1963 S. 298.

²² GA 1961 S. 247–250, 249.

²³ Der Verwaltungsrechtsschutz im besonderen Gewaltverhältnis, NJW 1953 S. 1369–1373, 1373.

²⁴ Diss. S. 73.

²⁵ Spannagel, Diss. S. 73 f.

als vor oder nach seiner Entlassung aus der Strafanstalt“²⁶ sind? Nicht „anders“ werden die Grundrechte allerdings, sondern nur ihre Einschränkungbarkeit wechselt. Daß diese „Relativierung“ sich aus der verschiedenen Ausgestaltung der besonderen Gewaltverhältnisse ergibt, haben W. Weber, Ipsen, Krüger und Ule zur Genüge hervorgehoben²⁷. Etwas willkürlich mag lediglich zunächst der Ausgangspunkt Kleins erscheinen, daß zwischen Gewährleistungs- und Vorbehaltsschranken zu scheiden ist. In Wahrheit berücksichtigt diese Unterscheidung jedoch gebührend den Charakter der Freiheitsrechte als Normen mit Prinzipienwirkung, denen von Natur aus eine gewisse Entfaltungs- und Gewährleistungskomplexität und -unschärfe innewohnt; es ist ein Verdienst der französischen und schweizerischen Literatur, auf dieses Phänomen gegenüber der in manchem allzu formalen deutschen Rechtslehre aufmerksam gemacht zu haben²⁸.

b) Ähnlich geht von Münch²⁹ davon aus, der Strafvollzug als besonderes Gewaltverhältnis sei für die Existenz des Staates notwendig und als vom Grundgesetz in den Art. 12 Abs. 4 und 104 institutionalisiert anzusehen.

Kritisch wird hierzu vorgebracht, daß sich die genannten Artikel ausschließlich mit der Arbeitspflicht der Gefangenen und der Beschränkung ihrer körperlichen Bewegungsfreiheit befassen und nicht auf weitergehende Eingriffe in die Grundrechtssphäre übertragen werden können³⁰. Damit wird jedoch übersehen, daß es auch von Münch nur um die Begründung der grundsätzlichen Unterwerfung, nicht aber um die Ausgestaltung des Vollzuges im einzelnen geht.

c) Insgesamt ist die Institution des besonderen Gewaltverhältnisses heute insbesondere von Forsthoff³¹ als eine „Lücke im Rechtsstaat“ angegriffen worden. Für den Bereich des Strafvollzuges hat Forsthoff in Spannagel einen überzeugten Anhänger gefunden, der ebenso gründlich wie umfassend alle Argumente pro und contra untersucht hat und zu dem Ergebnis kommt, nur das Gesetz könne die Grundrechtsbeschränkungen im Gefangenschaftsverhältnis rechtfertigen.

Es kann nicht Aufgabe dieser rechtsvergleichenden Arbeit sein, alle dogmatischen Gesichtspunkte eingehend zu behandeln, die in der heutigen Diskussion um diese Frage mitspielen. Es sei jedoch folgendes bemerkt: Anerkennenswert ist das rechtsstaatliche Bemühen um eine weitergehende Beschränkung und Festlegung der Staatsgewalt. Abzulehnen ist jedoch diese

²⁶ Spannagel, Diss. S. 74.

²⁷ VVdStRL aa.O. S. 186, 188 (Weber); S. 200 (Ipsen); S. 222 (Krüger); S. 220 (Ule).

²⁸ Vgl. z. B. Giacometti, ZSR Bd. 74 (1955) S. 152; Gurny, Diss. S. 46, 51; Odent, Contentieux S. 838 in Anm. 2; aber auch Münch, Menschenwürde S. 5.

²⁹ Aa.O. S. 73; ebenso Hild. Krüger, ZBR 1956 S. 310; BayVerfGH NJW 1963 S. 1774.

³⁰ Vgl. Spannagel, Diss. S. 76.

³¹ Verwaltungsrecht § 7 A 1 S. 118; kritisch auch Maunz, Staatsrecht S. 119 f.; Bruns, GA 1959 S. 217 ff. Andererseits hat z. B. das Bundesverwaltungsgericht diese Konstruktion ohne weiteres übernommen, vgl. BVerwG NJW 1958 S. 1407–1410, 1409.

Einstellung insoweit, als sie zu einer allzu formalistischen Betrachtung führt und in dem Ruf nach dem Gesetzgeber die allein mögliche Lösung sieht. Es mag hier zitiert sein, was Karl Peters in anderem Zusammenhang (für die Strafrechtsreform) ausgeführt hat: „Es kann aber bezweifelt werden, ob der Rechtsstaat wirklich ein Übermaß an Bestimmungen fordert . . . So drängt sich als Forderung für eine Strafrechtsreform der Gedanke auf: nur so viel an gesetzlicher Reform als unbedingt notwendig ist, im übrigen aber Intensivierung der außergesetzlichen Reform.“³²

Im Ausland (Belgien, Frankreich, Italien, Schweiz) ist es darüber hinaus üblich geworden, nur die Grundzüge des Strafvollzuges gesetzlich festzulegen und die Einzelbeschränkungen der Gefangenen durch Verordnung zu regeln. Für Deutschland dürfte es bei dem Fehlen gesetzlicher Regeln näher liegen, die faktisch bestehende weitgehende Eingliederung des Strafgefangenen in den Ablauf der Verwaltung auch rechtlich zu berücksichtigen und durch den vom Grundgesetz (Art. 19 Abs. 4) vorgesehenen erhöhten Rechtsschutz auszugleichen. Die Übernahme des „vorkonstitutionellen Gesamtbildes“ durch das Grundgesetz³³ kann man insoweit nicht als eine Hilfskonstruktion zur Verdeckung rechtsstaatlicher Mängel ansehen; das besondere Gewaltverhältnis ist ein sehr reales Ordnungsgefüge, das auch bei fehlender positiv-rechtlicher bzw. gesetzlicher Festlegung „durchaus abhebbar und ermittlungsfähig ist“³⁴.

d) Erwähnt seien aber auch die weiteren Gesichtspunkte, unter denen in Deutschland und in der Schweiz eine Rechtfertigung der Grundrechtseinschränkung im Strafvollzug versucht wird.

aa) Giacometti³⁵ sieht allgemein im öffentlichen Interesse einen den Freiheitsrechten nach ihrem Sinn immanenten Vorbehalt, läßt freilich als Schranke nur solche Interessen zu, die nach freiheitlicher Auffassung schutzwert sind.

Zur Auffassung Giacomettis ist zu sagen, daß der Begriff des (schutzwürdigen) öffentlichen Interesses infolge seiner Allgemeinheit und Unbestimmtheit für die gewichtige Abgrenzung der Individualfreiheitsphäre zum Staat ungeeignet ist³⁶.

Kritisch muß auch zu der ähnlichen Ansicht des Schweizer Bundesgerichtes Stellung genommen werden, das alle Freiheitsrechte unter den Vorbehalt des *ordre public* stellen und letzteren als Ganzes der Gesetze und Verordnungen sehen will. Mit Recht rügt Briedel³⁷ hier den Zirkelschluß, der die Grundrechte dem Vorbehalt jeden staatlich gesetzten Rechtes unterstellen würde.

bb) Ein sogen. logisches Verfahren als Schluß vom Zweck auf die Mittel will Köhl³⁸ anwenden. Nach seiner Ansicht sind alle diejenigen

³² SchwZStrafR Bd. 77 (1961) S. 166, 175; vgl. auch Schnorr a.a.O. S. 295 f.

³³ Vgl. BVerfG 10 S. 285–302, 287.

³⁴ W. Weber, VVdStRL a.a.O. S. 190 (Diskussionsbeitrag).

³⁵ Staatsrecht der Kantone, S. 173, 189; ZSR Bd. 74 (1955) S. 151 ff.

³⁶ So auch Wolff, Verwaltungsrecht I § 33 V a 2; Köhl, Diss. S. 95 bei Anm. 6.

³⁷ A.a.O. S. 109.

³⁸ Diss. S. 96 f.

Grundrechtsbeschränkungen vom Verfassungsrecht gedeckt, die zur Ausführung der verfassungsrechtlichen Vorschriften notwendig sind. Die durch das Gefangenschaftsverhältnis bedingten Beschränkungen sieht Köhl daher als durch die in Art. 64bis Schweizer BV vorgesehene Bundeskompetenz für die Strafgesetzgebung gerechtfertigt an.

Der Mangel dieser Lehre ergibt sich bereits aus den eigenen Ausführungen Köhls: Dieser gibt selbst zu, daß infolge der außerordentlichen Weite der Freiheitsrechte deren Sintermittlung mehr Sinngebung als -deutung ist³⁹. Er sucht diesem Phänomen durch die Ergänzung seiner Ansicht mittels einer sogen. institutionellen Methode zu begegnen, indem er in Wesen und Gehalt der durch die Freiheitsrechte garantierten Rechtsinstitute (Ehe, Eigentum usw.) Anhaltspunkte für die Sintermittlung erblickt.

Mögen diese Gesichtspunkte auch mit zu berücksichtigen sein, so stellen sie doch, allgemein und allein angewandt, eine Quelle erheblicher Unsicherheit dar. Diese beruht im wesentlichen darauf, daß etwa den Grundrechten der Gleichheit, der freien Entfaltung der Persönlichkeit, des Petitionsrechtes u. a. m. keine eigentlichen „Rechtsinstitute“ zugrunde liegen⁴⁰. Im Vergleich mit diesen genannten, durchaus zahlreichen Grundrechten erscheint es unrichtig, bei den eine Institution schützenden Grundrechten eine „sorgfältige Abwägung der sich gegenüberstehenden Interessen“⁴¹ vorzunehmen und so etwa bei dem Recht zur Eheschließung die Anstaltsinteressen dahin zu bewerten, daß „ein fundamentales Recht wie das Recht zur Ehe an einem so kleinen Hindernis (sc.: der kurzfristigen Unterbrechung des Strafvollzuges) (nicht) scheitern soll“⁴². Solcher Argumentation muß entgegengehalten werden, daß so gut wie alle Grundrechte „fundamental“ sind und daß daher die interessenjuristische Methode hier zu zwar materiellen, rechtlich aber nicht faßbaren Wertungen führen muß. Daß das gesamte Schrankensystem einer Verfassung selbst auf einer Hierarchie der Werte beruht, soll damit natürlich nicht geleugnet werden.

Eine geringfügige Abwandlung der Ansicht Köhls führt vielmehr zur Bestätigung der Lehre vom besonderen Gewaltverhältnis: Setzt die Verfassung unstreitig das Gefängniswesen als Institution voraus, so läßt es zumindest alle die Grundrechtseinschränkungen zu, die zur Aufrechterhaltung des ordentlichen Ganges der Strafanstalten nötig sind. Im Grunde liegt dieser Vorstellung das richtige Prinzip zugrunde, daß die Verwirklichung der Verfassungsentscheidungen und verfassungsrechtlich eindeutig vorausgesetzten Institutionen nicht im luftleeren Raum erfolgen kann. In dieselbe Richtung weist die Ansicht von Dürig, der – wenn auch für die andere Frage des Umfanges der verfassungsrechtlichen Ordnung – alle staatlichen

³⁹ A.a.O. S. 101; ebenso Gurny, Diss. S. 46.

⁴⁰ A.A. besonders Hauriou, Droit constitutionnel S. 613, dessen – neustens von Häberle, Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz, Karlsruhe 1962, S. 104 wieder aufgenommene – These in ihrer Allgemeinheit jedoch reichlich künstlich wirkt.

⁴¹ A.a.O. S. 102.

⁴² A.a.O. S. 101 bei Anm. 13.

Normen für von der Verfassung einbegriffen ansieht, die der Realisierung verfassungsrechtlicher Vorstellungen dienen ⁴³.

cc) Nur scheinbar stimmt hiermit die gelegentlich vertretene Ansicht von den Strafanstalten als festgefügtten Rechtsbegriffen überein. So soll etwa nach Ba sta ⁴⁴ der Strafgesetzbuch – reichlich fiktiv – mit der Verwendung der Begriffe „Zuchthaus“, „Gefängnis“ usw. alle Beschränkungen mitgedacht haben, welche die Entfaltung dieser Komplexbegriffe mit sich bringt.

dd) Eine ebenfalls mehr materielle Rechtfertigung des Strafvollzugsverhältnisses sieht ein Teil der deutschen Rechtsprechung und Lehre nicht nur in der (von der Verfassung in Art. 74 Nr. 1 GG) grundgesetzlich vorausgesetzten Strafgewalt des Staates, sondern mehr noch in den Normen des materiellen Strafrechtes und der §§ 449 ff. Strafprozeßordnung begründet ⁴⁵.

Etwas abweichend sehen andere die Grundrechtsbegrenzung dadurch als gedeckt an, daß diese auf einer gesetzlich vorgesehenen und in einem gesetzmäßigen Verfahren ergehenden richterlichen Entscheidung beruhen ⁴⁶. Diese Auffassung, die in dem Strafvollzug den Schlußstein der Strafrechtspflege sieht, gerät jedoch in die weitere Schwierigkeit, zu entscheiden, ob der Strafvollzug der Sache nach Justiz oder Verwaltung ist ⁴⁷.

Beide Auffassungen haben den – vom Standpunkt der Vollzugsverwaltung aus gesehen – praktischen Vorteil, daß sie eine anpassungsfähige, zeitgemäße Durchführung des Strafvollzuges zulassen, denn der Inhalt der staatlichen Strafgewalt kann noch am ehesten an Hand der allgemeinen Strafrechts- und Vollzugskonzeption eines Staates festgestellt werden. Dasselbe gilt von der Ansicht, welche die Rechtsstellung des Gefangenen als soweit beschränkt ansieht, wie es das „Wesen der Freiheitsstrafe“ verlangt ⁴⁸.

e) Sachlich liegt den im vorhergehenden dargelegten Rechtfertigungsversuchen von Grundrechtsbeschränkungen im Gefangenschaftsverhältnis der Gedanke zugrunde, daß der Staat das Recht hat, den Rechtsbrecher zu bestrafen.

Dieses staatliche Recht, wegen seiner grundsätzlichen Notwendigkeit (und Zweckmäßigkeit) für die Erhaltung der Gesellschaft nur selten ernsthaft

⁴³ Maunz-Dürig, GG Art. 2 Abs. 1 Randn. 19.

⁴⁴ Diss. S. 45; gegen ihn auch Depenbrock, Diss. S. 43 f.

⁴⁵ So z. B. OLG Bremen NJW 1963 S. 1465; OLG Schleswig vom 10. 2. 1961 (1 VAS 1/61) bei Altenhain, JVB 1961 S. 177; Baumann, Eb. Schmidt-Festschrift S. 532 bei Anm. 23, S. 548; Sigloch, GA 1961 S. 94 (Buchbespr.); wohl auch Jescheck, in Hugueney-Ancel Bd. II S. 292 f. und Th. Klein-knecht (Urteilsanm.), JZ 1961 S. 265 (vgl. aber auch S. 266).

⁴⁶ So BVerfG 1 S. 418–429, 420 = JZ 1953 S. 89 f.; Niese, ZStW Bd. 63 (1951) S. 214 f.; Leopold, Bewährungshilfe Jg. 9 (1962) S. 90 f.

⁴⁷ Vgl. dazu Jacobi, ZStW Bd. 50 (1930) S. 379 f.; v. Liszt, ZStW Bd. 35 (1914) S. 657; Grunau, Mat. Bd. 8, 1 S. 545 und in ZStW Bd. 70 (1958) S. 502 f.; Depenbrock, Diss. S. 45 mit weiteren Nachw.

⁴⁸ So Ingold, Diss. S. 26; ähnlich für das deutsche Recht auch Baumann a.a.O. S. 546 („Einschränkung . . . aus dem Gefangensein selbst“).

bestritten ⁴⁹, kennt in seinen Zwecken der Vergeltung, der General- und der Spezialprävention eine Finalität, die im Laufe der Jahrhunderte zwar immer wieder in ihren Einzelheiten umstritten war, heute jedoch in ihrer Komplexität allgemein anerkannt ist.

Bleibt die Vergeltung dabei ein Axiom der Gerechtigkeit, so sind die beiden übrigen Strafzwecke mehr den utilitaristischen Erwägungen der Kriminalpolitik entnommen, ergeben sich aber zum Teil schon als erwünschte Nebenfolgen des Vergeltungsprinzips. Als Grundaspekte der Strafe sind sie jedenfalls seit langem erkannt, so daß die staatliche Strafgewalt in der Ausgestaltung dieser drei Strafzwecke im einzelnen frei ist. Soweit die Verfassung selbst eine Einschränkung der Grundrechte zuläßt, kann daher der Strafgesetzgeber die Beschränkungen der jeweiligen Freiheitsrechte regelmäßig auch zum Inhalt der Strafdrohung machen ⁵⁰.

Dieser herkömmliche Inhalt der Strafgewalt ist durch die Zufügung eines Übels, und zwar einer Gütereinbuße oder jedenfalls -beschränkung, gekennzeichnet, und jeder ideale Zweck des Vollzuges kann nicht darüber hinwegtäuschen, daß selbst die moderne, humanisierte Gefängnisstrafe ein körperliches und seelisches Leiden darstellt ⁵¹. Demgegenüber bedeutet der Erziehungsvollzug (*traitement pénitentiaire*) als Versuch einer Wiedereingliederung des Rechtsbrechers in die Gesellschaft durch eine (äußere und innere) Erziehung jedenfalls seinem Ziel nach objektiv kein Übel für den Betroffenen.

Immerhin scheinen Erziehung und Vergeltung in dem Sinne miteinander unvereinbar, als nur die zweite den Menschen als freies, absolutes Wesen sieht, während die erstere ihn als relatives Gesellschaftsmitglied auffaßt und den Einzelnen den (wechselnden!) Anforderungen des sozialen Lebens anpassen will ⁵².

Es ist zunächst festzuhalten, daß es nicht nur Strafen gibt, die eine Besserung des Verurteilten ausschließen (Todesstrafe, Geldstrafen, kurzfristige Freiheitsstrafen), sondern daß eine Reihe von Kriminellen auch keiner Erziehung bedarf (manche Augenblicks- und Fahrlässigkeitstäter), andere – nach neuerdings aber bestrittener Auffassung – unerziehbar sind (Gewohnheits- und Tendenzverbrecher).

Aber auch für den verbleibenden Rest von Strafgefangenen sind immer wieder erhebliche Bedenken dagegen geäußert worden, daß eine wirkliche Erziehung des erwachsenen Menschen möglich ist ⁵³. Die gleichwohl in dieser

⁴⁹ „Eine Gemeinschaft, die auf ihre Strafgewalt verzichten wollte, würde sich selbst aufgeben.“ Maurach, Allgemeiner Teil § 6 I A S. 46; zustimmend Cuello Calón, *Penología* S. 15 bei Anm. 1; Stree, *Deliktsfolgen* S. 5. Eine gründliche Übersicht über die Frage des *ius puniendi* gibt Sofo Borghese, *La filosofia della pena*, Mailand (Giuffrè) 1952; vgl. auch Andreas Henrici, *Die Begründung des Strafrechts in der neueren deutschen Rechtsphilosophie*, Aarau (Sauerländer) 1961.

⁵⁰ Ebenso Spannagel, *Diss.* S. 24 bei Anm. 96 im Anschluß an Kitzinger, *GA* 1917 S. 234.

⁵¹ Vgl. Mittermaier, *Gefängniskunde* S. 3; Cuello Calón, *Penología* S. 16, 267 bei Anm. 1; Bader, *JZ* 1951 S. 7.

⁵² Ggl. Bettiol, *Revdireproben* Bd. 1 (1958) S. 637.

⁵³ Vgl. Jescheck, in *Hugueney-Ancel* Bd. 2 S. 296; Kreck, *Diss.* S. 31 ff.

Richtung unternommenen Versuche werden meist damit gerechtfertigt, die kleine Zahl der Erfolge lohne alle Anstrengungen.

Eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen als Erziehungsmitteln geben diese menschlich aner kennenswerten Bemühungen jedoch noch nicht. Insbesondere scheidet eine Begründung a maiore ad minus insoweit aus, als die Beschränkung der Grundrechte über das den Inhalt des Strafübels darstellende Maß hinausgeht. Ebenso fraglich ist aber auch generell, ob sich das staatliche Recht zu strafen etwa in ein Recht zu erziehen „verwandeln“ kann⁵⁴. Die Schwierigkeit dieser Frage wird um so bedeutungsvoller, als eine pädagogische Begrenzung der rechtlichen Garantien im Strafvollzug zugleich einschneidend und weitgehend sein und die Rechtsstellung des Gefangenen erneut dem Beurteilungsermessen der Verwaltung überlassen würde.

Solange gesetzliche Normen über den Erziehungsvollzug fehlen, kann eine zwangsweise Erziehung (Fremderziehung) wohl nur aus dem historisch vorgegebenen Zweck des besonderen Gewaltverhältnisses erfolgen. Ein solcher Rechtfertigungsversuch würde sich mit der offensichtlichen Schwierigkeit zu befassen haben, daß der eigentliche Erziehungsvollzug erst modernen Ursprungs ist, wenngleich er sich nur als eine Intensivierung des seit langem vertretenen, insbesondere schon von Roeder befürworteten Besserungsvollzuges darstellt. Es ist jedoch anerkannt, daß auch die Zielsetzung des besonderen Gewaltverhältnisses „Strafvollzug“ eine Grundrechtsbeschränkung jedenfalls insoweit zuläßt, als es sich um unmittelbar notwendige Eingriffe handelt⁵⁵. Sachlich stimmt hiermit die Europa-Erklärung der Rechte des Strafgefangenen überein, die eine Grundrechtsbeschränkung nach dem Ziel des Strafvollzuges zuläßt (vgl. Art. 3).

Eine weitere Rechtfertigung des Erziehungsvollzuges wird häufig darin gesehen, daß die Erziehung als Fremd- und Selbsterziehung kein Zwangsvorgang sei und nicht im Widerspruch zu den Freiheitsrechten stehe, „da sie gerade den Weg zur Freiheit offen legen will“⁵⁶. Gleichwohl ist zu bedenken, daß diese staatliche Einwirkung auf den Einzelnen in der Mehrzahl der Fälle eine zwangsweise Hinführung zur Freiheit ist und damit für den Gefangenen häufig eine aufgezwungene Wohltat darstellt.

Eher überzeugt schon die allerdings allgemeinere Erwägung, der Kriminelle habe durch die Begehung der Straftat seine mangelnde Selbsterziehung als eine Gefährdung des gesellschaftlichen Zusammenlebens manifestiert, so daß seine Rückkehr in die Gesellschaft zumindest an den Versuch einer Resozialisierung gebunden ist⁵⁷. In die gleiche Richtung weist ein Urteil

⁵⁴ Ablehnend Bruns, GA 1959 S. 220; H. Mayer, Strafrecht S. 393 (für das Jugendstrafrecht); Stree, Deliktsfolgen S. 140 ff.

⁵⁵ Vgl. OLG Nürnberg, GA 1961 S. 249; auch v. Liszt, ZStW Bd. 35 (1914) S. 658 f.; auf den Haftzweck stellt auch OLG Bremen MDR 1962 S. 325 (hinsichtlich der Rechtsbeschränkungen im Vollzuge der Untersuchungshaft) ab; vgl. ferner VGH Bremen DÖV 1956 S. 703 f.

⁵⁶ Peters, Kriminalpädagogik S. 105; zustimmend Württenberger, JZ 1962 S. 454 f.; ähnlich schon Grünhut, in Frede-Grünhut S. 20 f.

⁵⁷ Vgl. Peters, Kriminalpädagogik S. 106; Tiedemann, RSC Bd. 22 (1962) S. 491; Württenberger, JZ 1962 S. 454.

des Bundesverwaltungsgerichts, das die Verfassungsmäßigkeit der Verpflichtung zur Teilnahme am Verkehrsunterricht für Verkehrssünder mit der Begründung bejaht hat, der Schutz von Leben und Gesundheit der übrigen Mitglieder der Gesellschaft (hier: der Verkehrsteilnehmer) spreche aus sozialstaatlichen Gründen gerade für diese Regelung⁵⁸. Im Anschluß an dieses Erkenntnis will Stree vom Menschenbild des Grundgesetzes her die Zulässigkeit sozialgestaltender und sozialnützlicher Lenkungsmaßnahmen des strafenden Staates bejahen, da diese den Einzelnen als sozialgebundenes Individuum erfassen⁵⁹. Freilich bleiben damit Art und Intensität der erzieherischen Einwirkung auf den Rechtsbrecher weiterhin unklar.

Spannagel will nur solche Zwangsvorkehrungen zulassen, „die mit hinreichender Wahrscheinlichkeit einen pädagogischen Erfolg versprechen“⁶⁰; nach diesem Kriterium sind jedenfalls die zwangsweise Gewöhnung an eine mehr äußerliche Verhaltensweise (geregelter Tagesablauf, Zwang zur Arbeit) sowie die Sondierung der Umwelteinflüsse durch die Vollzugsverwaltung (Auswahl der zum Brief- und Besuchsverkehr zuzulassenden Personen, Zusammenstellung von Gefangenengruppen bei der Belegung der Zellen und bei der Auswahl der Arbeit) verfassungsrechtlich zulässig. Die mehr auf das Innere des Gefangenen gerichteten Erziehungsversuche wird man andererseits zumindest insoweit begrenzen müssen, als die Wahrung der „Eigenständigkeit der Person“ des Gefangenen in Frage steht⁶¹.

Inwieweit sich zwischen diesen äußersten Grenzen verfassungsrechtliche Zulässigkeit und kriminalpädagogische Zweckmäßigkeit decken, ist schwierig zu beantworten.

Jedenfalls aber bleibt der Vollzugsverwaltung im Erziehungsvollzug ein gewisser Beurteilungs- und Handlungsspielraum, in dem die Erfahrungen der Praxis fruchtbar werden können. Diese auf den ersten Blick bedenklich erscheinende und der Vollzugspraxis günstige Feststellung rechtfertigt sich aus der Natur des hier in Frage stehenden besonderen Gewaltverhältnisses und ist impliziter auch vom Bundesverfassungsgericht anerkannt worden, wenn dieses hinsichtlich der verfassungsmäßigen Grenzen der Sicherheitsverwahrung ausführt: „Die Praktiker des Strafvollzuges . . . sind sich auf Grund ihrer Erfahrungen darüber einig, daß die zur Durchführung der Sicherheitsverwahrung erforderliche Freiheitsentziehung im Interesse der Sicherheit mit gleicher Strenge wie bei der Strafe gehandhabt werden muß.“⁶² Hierin dürfte die vorsichtige Anerkennung liegen, daß die Erfordernisse der Praxis des Strafvollzuges nicht in verfassungswidriger Weise die Grundrechte des Gefangenen beeinträchtigen. Die von Spannagel vorgeschlagene Formel erscheint daher als ein gesundes Mittelmaß. Ein

⁵⁸ BVerwG 6 S. 354–357, 356; zustimmend Bachof, JZ 1962 S. 401.

⁵⁹ Deliktsfolgen S. 50; vgl. dazu auch Maunz-Dürrig, GG Art. 1 Randn. 47.

⁶⁰ Diss. S. 24.

⁶¹ Vgl. Peters, Kriminalpädagogik S. 106 bei Anm. 241. Die angezogene Formel dürfte sich weitgehend mit der Forderung nach Wahrung der Menschenwürde im Strafvollzug decken, vgl. dazu unten S. 114.

⁶² BVerfG 2 S. 118–121, 120.

weitergehendes psychologisches oder pädagogisches Experimentieren mit den Gefangenen ist unzulässig, da schon durch den Grundsatz der Menschenwürde verboten⁶³.

Da die verfassungsrechtliche Zulässigkeit des Erziehungsvollzuges in Deutschland jedoch erheblich umstritten ist, sei auf die einzelnen Argumente noch einmal ausführlicher eingegangen:

aa) Die erste bereits angedeutete Auffassung geht davon aus, daß der Begriff der Erziehung im Sinne einer richtig verstandenen (Kriminal-) Pädagogik zu deuten ist. Diese sieht das Wesen der Erziehung im zwischenmenschlichen Dialog zweier sich einander aufschließender Menschen; der Dialog baut naturgemäß nicht auf einem Zwangsvorgang, sondern auf gegenseitigem Vertrauen auf: „So sehr in der Erziehung fremde Hilfe mitwirkt, so bedarf diese des freiwilligen Ja des Angesprochenen, seiner Mitwirkung und der Wechselerziehung von Erziehendem und zu Erziehendem. . . . Das Maß angewandter Fremderziehung dient der Auffindung der Eigenentscheidung: Der erzieherisch Angesprochene soll zu der ihm angemessenen Lebensführung den Weg finden; er soll sein eigenes Ich in einem ethisch und sozial angemessenen Raum finden“⁶⁴.

Trotz dieses zutiefst zwischenmenschlichen Bezuges der Erziehung ist aber zu berücksichtigen, daß im Grunde doch die autoritative Fremderziehung die Antwort darauf ist, daß der Täter mit seiner Eigenerziehung nicht fertig geworden ist⁶⁵. So bleibt zumindest ein Rest an „Beugung des unverünftigen Eigenwillens unter einen vernünftigen fremden Willen“⁶⁶.

bb) Eine interessante Weiterführung dieser Gedanken geht dahin, daß solche Erziehungsmaßnahmen als verfassungsrechtlich zulässig anzusehen sind, die sich in der Praxis nicht als „Eingriff“ darstellen⁶⁷, sondern auf gegenseitige Gespräche und Beratung hinauslaufen. Dadurch würde jeder sinnvoll angewandte, d. h. nur gegenüber Erziehungsbereiten durchgeführte pädagogische Vollzug vom Verfassungsrecht gedeckt sein. Auch diese vermittelnde Lösung wirft jedoch noch schwierige Probleme auf: So ist bereits fraglich, ob nicht ein Eingriff schon dann vorliegt, wenn der erziehungsbereite Gefangene sich über die tatsächliche oder rechtliche Möglichkeit, die Erziehung abzulehnen, nicht im klaren ist.

cc) Da die Bereitschaft des Partners zur Erziehung *conditio sine qua non* für die gezeigte kriminalpädagogische Auffassung ist, liegt es nahe, für den Erziehungsvollzug auch rechtlich die Zustimmung des Gefangenen zu fordern, womit nicht nur eine klare pädagogische Grundlage geschaffen, sondern auch jeder Einwand mangelnder Verfassungsmäßigkeit des Erziehungsvollzuges ausgeräumt wäre.

⁶³ Vgl. Maunz-Dürig, GG Art. 2 Abs. 2 Randn. 34, Art. 104 Randn. 22.

⁶⁴ Peters, RSC Bd. 22 (1962) S. 486; ähnlich Mergen, RdJ Jg. 7 (1959) S. 297; Würtenberger, JZ 1962 S. 454.

⁶⁵ Vgl. Peters, Kriminalpädagogik S. 107.

⁶⁶ Zürcher, in Hafner-Zürcher S. 95; Gustav Radbruch, Der Erziehungsgedanke im Strafwesen, ZStrafvollz Jg. 3 (1952/53) S. 158.

⁶⁷ Einen Ansatz für diese Methode bietet etwa BVerfG 8 S. 51–71, 64 = NJW 1958 S. 1131.

Dieser Vorschlag ist sowohl von deutscher wie auch von französischer Seite gemacht worden⁶⁸. Der Gedanke erscheint durchaus nicht so formalistisch, wie man zunächst annehmen möchte, setzt doch etwa das englische Probationssystem die Einwilligung des Probanden voraus: und das Mittel der Strafaussetzung zur Bewährung (probation) ist gewiß das erste Mittel zu einer wirksamen Erziehung des Kriminellen.

dd) Demgegenüber betonen die Gegner des Erziehungsvollzuges, das Grundgesetz habe das Menschenbild Kants und Hegels übernommen und auch der Verbrecher sei „als Vernünftiges“ zu ehren⁶⁹. Der Erziehungsvollzug verletze daher das Recht des Gefangenen auf freie Entfaltung der Persönlichkeit⁷⁰. – Zumindest der letztere Einwand wird jedoch durch die vorstehenden Ausführungen und Vorschläge zu einem richtig verstandenen Erziehungsvollzug widerlegt.

Es bleibt allerdings das Bedenken, der erzieherische Vollzug sehe den Gefangenen zu sehr als Gesellschaftswesen und achte als Ausfluß autoritärer Forderungen den Eigenwert des Einzelnen nicht genügend⁷¹.

Zuzugeben ist, daß es sich hier um eine Einmischung des Staates in die Persönlichkeitsbildung des Einzelnen handelt und daß der Anlaß hierzu nicht nur humanitäre Motive, sondern evidente Gesichtspunkte des Gesellschaftsschutzes sind. Die Bestrafung nach der objektiven Tat im alten und das Aufkommen der Maßregeln der Sicherung und Besserung im modernen Recht zeigen jedoch deutlich, daß ein Schutz der Gesellschaft gegen Kriminelle auch insoweit zwingend geboten ist, als die Persönlichkeitsgefahr über die konkrete Schuld hinausgeht. Die Erziehungsbedürftigkeit des Einzelnen ist insofern seit jeher Grundlage des Strafzweckes der Prävention gewesen⁷². Sie ist in allen Fällen der Schwerkriminalität die einzige (humane) Alternative zu der Möglichkeit einer rechtlichen und (oder) tatsächlichen Ausstoßung des Verbrechers aus der staatlichen Gemeinschaft. Heute ist der Erziehungsvollzug nur ein Bruchstück aus dem allgemeinen Interventionismus, den der moderne Staat in ständig steigendem Maße ausübt⁷³. Hierbei handelt es sich nicht um Eingriffe, sondern um Gewährungen, auf die der Einzelne mehr und mehr angewiesen ist. Gegenüber dieser Wandlung staatlicher Aktivität zu dem Modell einer Leistungsverwaltung mit einer gigantischen Ausgleichs- und Verteilungsfunktion ist die traditionelle Konzeption

⁶⁸ Vgl. Peters, RSC a.a.O. S. 487; Fleur, Diss. S. 126. Dagegen geht Grunau, Mat. Bd. 8, 1 S. 541 und in ZStW Bd. 70 (1958) S. 506 f. von einer weitergehend bestehenden Erziehungsbereitschaft der Gefangenen aus.

⁶⁹ Vgl. Jescheck, in Huguency-Ancel Bd. 2 S. 296.

⁷⁰ Vgl. Bruns, GA 1961 S. 95 und 1959 S. 204, 220; Otto Reigl, Sinn der Strafe und Strafrechtsreform, ZStW Bd. 73 (1961) S. 634–645, 636 f.; auch Hanns Dünnebier, JZ 1961 S. 303 (Buchbespr.); Elkin, Penal System S. 35 f.

⁷¹ Vgl. Bettiol, Rivdirprocpen Bd. 1 (1958) S. 640 f., 643 f. und in Scritti giuridici in onore di Alfredo de Marsico, Mailand (Giuffrè) 1960 Bd. 1 S. 53 ff.; vgl. aber auch K. Peters, in Würtenberger, Kriminologie S. 68 f.

⁷² Vgl. Hellmer, Erziehung S. 201.

⁷³ Vgl. Bettiol, Rivdirprocpen a.a.O. S. 638; Würtenberger, ZStW Bd. 71 (1959) S. 25 f.; Elkin, Penal System S. 36; Eb. Schmidt, ZStW Bd. 69 (1957) S. 379 f. (im Anschluß an eine Äußerung Heinrich Barths).

der Freiheitsrechte als Ausdruck der Abwehrstellung des Einzelnen gegenüber dem Staat in manchem gründlich überholt. Wenn im Gefängniswesen sich der Erziehungsvollzug als Spiegelbild dieser generellen Lenkungs- und Gestaltungsfunktion des Staates in der menschlichen Gesellschaft darstellt, so handelt es sich dabei um ein Phänomen, das heute der östlichen und der westlichen Welt gemeinsam ist und in zahlreichen ausländischen Verfassungen und Gesetzen ausdrücklich seinen Niederschlag gefunden hat ⁷⁴.

Wenn besonders Brun s ⁷⁵ den Funktionswandel des Strafrichters zum Sozialarzt beklagt, so ist doch für die Verwaltung – und insofern möchten wir den Strafvollzug materiell als Verwaltung sehen – die Sozialfunktion heute ebenso eingewurzelt wie unerlässlich ⁷⁶. Wer in einem zwei- oder gar dreispurigen Strafrechtssystem neben den Kriminalstrafen zum Schutze der Gesellschaft Maßregeln der Sicherung und Besserung und Erziehungsauflagen für zulässig hält, sollte nicht einen gewissen Funktionswandel der Kriminalstrafe für verfassungswidrig halten, und zwar auch dann nicht, wenn man das reichlich abgenutzte Wort vom Etikettenschwindel hinsichtlich der Maßregeln beiseite läßt.

f) Empfiehlt sich für die Konstruktion der generellen Grundrechtseinschränkungen im Strafvollzug die öffentlich-rechtliche Figur des besonderen Gewaltverhältnisses, so steht dieses Ergebnis für den Strafvollzug auch im Einklang mit Art. 19 Abs. 2 GG, der dem strafenden Staat verbietet, über die gezeigten Schranken hinaus so stark in die Grundrechte einzugreifen, daß deren Wesensgehalt angegriffen wird.

Welche Kriterien diesen Wesensgehalt der Grundrechte ausmachen, ist allerdings nicht ohne weiteres ersichtlich. Eine verbreitete Meinung sieht die Grenze dort, wo Eingriffe stärker sind als dies der sachliche Anlaß zu ihrer Vornahme unbedingt und zwingend gebietet; der Eingriff darf somit nur bei zwingender Notwendigkeit und in dem nach Lage der Sache geringstmöglichen Umfang vorgenommen werden ⁷⁷. Diese den Grundrechtsschutz stark relativierende Meinung hat immerhin den Wert, daß sie in dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit von Zweck und Mittel für das gesamte Verhältnis zwischen Staat und Einzelem ein rechtsfundamentales Korrelat findet.

Ähnlich relativ wird der Wesensgehalt gesehen, wenn der Eingriff zum Schutze eines für den Bestand der staatlichen Gemeinschaft unabdingbaren Rechtsgutes zugelassen wird ⁷⁸. Hier wird der Gedanke des gemeinschaftsbedingten Rechtsgutes mit dem der Gemeinschaftsgebundenheit der Grund-

⁷⁴ Vgl. im einzelnen Ancel, *Traitement* S. 22 f.; Cuell o Cal ó n, *Revderpol* Jg. 15 (1951) S. 12 ff. Besonders hinzuweisen ist auf: Art. 18 argentin. Verf., Art. 137 Verf. der sogen. DDR, Art. 27 italien. Verf., Art. 15 Verf. des US-Staates Wyoming (von 1889).

⁷⁵ GA 1959 S. 204 f., 209, 228.

⁷⁶ Vgl. auch Grunau, *ZStW* Bd. 70 (1958) S. 502 f.

⁷⁷ Vgl. BGH DVBl 1953 S. 471–474, 472 f. und in DÖV 1955 S. 729–731, 730 f.; OLG Köln NJW 1953 S. 1846–1847, 1846.

⁷⁸ Vgl. BVerwG 1 S. 48–54, 52 und S. 92–97, 94; OVG Koblenz DÖV 1955 S. 216–218, 217.

rechte verknüpft, indem gesetzliche Maßnahmen zur Pflege und Förderung des sozialen Zusammenlebens von dem Einzelnen hingenommen werden müssen, vorausgesetzt, daß dabei die Eigenständigkeit der Person gewahrt bleibt. Eine weitere Ansicht will das Problem dahin lösen, daß in Art. 19 Abs. 2 nur ein Verbot der Grundrechtsauflösung in abstracto erblickt wird: Nicht das subjektiv-öffentliche Recht des Einzelnen, sondern die allgemeine Existenz der Grundrechtsnorm als solche soll geschützt sein⁷⁹. Diese letztere Auffassung hat zwar den Nachteil, daß sie den Einzelnen nicht schützt; nur sie kann jedoch erklären, warum der Vollzug einer lebenslangen Freiheitsstrafe nicht verfassungswidrig ist – denn davon, daß bei dem Betroffenen von der körperlichen Bewegungsfreiheit (Art. 2 Abs. 2 GG) „etwas übrig bleibt“, kann in diesem Falle natürlich keine Rede sein, da für die verfassungsrechtliche Lösung die Tatsache einer faktisch möglichen späteren Begnadigung außer Betracht bleiben muß. Als andere Möglichkeit würde sich nur noch die unharmonische „Lösung“ ergeben, es handle sich um eine Ausnahme von dem Grundsatz des Art. 19 Abs. 2 GG⁸⁰.

g) Einer allgemeinen Sicherung der Einhaltung verfassungsrechtlich zulässiger Schranken dient auch das sogen. Zitiergebot des Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG: Bei Grundrechtseinschränkungen muß das Gesetz grundsätzlich jedes reduzierte Grundrecht unter Angabe des Artikels nennen.

Damit ergibt sich für ein vom Bund (oder theoretisch auch von den Ländern) zu erlassendes Strafvollzugsgesetz die Frage, ob dieses alle ausdrücklich oder impliziert angeordneten Grundrechtsbeschränkungen aufzählen muß.

Wenn auch nicht verkannt wird, daß Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG neben den Grundsätzen der Gewaltengliederung und der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung den Einzelnen vor Übergriffen der öffentlichen Gewalt schützen soll, nimmt doch eine heute bereits als herrschend zu bezeichnende Lehre zutreffend einige Einschränkungen des Zitiergebotes an, um allzu formalistische Ergebnisse zu vermeiden. Der Zweck der genannten Vorschrift entfällt nämlich dort, wo es sich darum handelt, Grundrechtsbeschränkungen bekannter und sozusagen traditioneller Art genau oder mit nur geringen Abweichungen gesetzlich neu zu fassen, soll die Bestimmung doch „lediglich verhindern, daß neue, dem bisherigen Recht fremde Möglichkeiten des Eingriffs geschaffen werden, ohne daß der Gesetzgeber sich darüber Rechenschaft legt und dies ausdrücklich zu erkennen gibt“⁸¹.

⁷⁹ So Spannagel, Diss. S. 28 f. im Anschluß an Fritz Kiefersauer, Die Grundrechtsgesetzgebung – eine lex imperfecta? JR 1952 S. 81–90, 82; auch BVerfG 2 S. 266–286, 285 erwähnt diese Möglichkeit, läßt die Lösung aber dahingestellt.

⁸⁰ In diesem Sinne z. B. Maunz-Dürig, GG Art. 104 Randn. 4.

⁸¹ BVerfG 5 S. 13–17, 16; zustimmend: Maunz-Dürig a.a.O. Art. 2 Abs. 1 Randn. 78; Bruns, GA 1959 S. 213 bei Anm. 7 und in NJW 1959 S. 1395; Stree, Deliktsfolgen S. 234; für Strafgesetze übereinstimmend auch Hellmut Röhl, Die Nennung des eingeschränkten Grundrechts nach Art. 19 Abs. 1 Satz 2 des Grundgesetzes, AöR Bd. 81 (1956/57) S. 195–214, 211. v. Mangoldt-Klein, GG Art. 19 Anm. IV 3 S. 547 ff. sehen in Art. 19 Abs. 1 S. 2 nur eine Sollvorschrift, deren Nichteinhaltung keine Ungültigkeit des Gesetzes zur Folge hat. Ohne Stellungnahme Struckmann, NJW 1962 S. 621 f.

Die Tatsache, daß ein Strafvollzugsgesetz bisher noch nicht bestanden hat, spricht in der hier zu behandelnden Frage für keine andere Lösung, denn Grundrechtsbeschränkungen im Gefangenschaftsverhältnis sind in besonderem Maße, auch soweit sie nur faktisch erfolgen, „traditionell“. Ist der Wegfall des Zitiergebotes für das materielle Strafrecht insoweit unstreitig, so kann für die Vollziehung des staatlichen Strafanspruches nichts anderes gelten, da ein Strafvollzugsgesetz materiell dem Strafgesetzbuch nichts hinzufügt. Es wäre daher überflüssig, in ein künftiges Strafvollzugsgesetz die rechtlich angeordneten und sich tatsächlich aus diesen Anordnungen ergebenden Grundrechtsbeschränkungen im Einzelnen aufzuführen.

2. In Frankreich ist die Frage der generellen Einschränkung der Grundrechte im Gefangenschaftsverhältnis bisher noch nicht eingehend erörtert. Inwieweit dieses Problem mit der neuerlichen Anerkennung der juristischen Geltungskraft der verfassungsmäßigen Grundrechte erheblich werden wird, ist nicht eindeutig zu beantworten. Allem Anschein nach dürfte es trotz dieser neuen Einsicht im wesentlichen dabei bleiben, daß die Grundrechte erst als durch die übrigen (im Range nachgehenden) staatlichen Rechtsnormen konkretisiert angesehen werden.

a) Die traditionelle Auffassung geht dahin, daß die Verwaltung ein Grundrecht um so weniger angreifen darf, als dieses durch normmäßige Vorschriften (Gesetze, Verordnungen) „organisiert“ und damit festgarantiert ist; in solchen Fällen ist eine Einschränkung nur bei wirklicher Notwendigkeit derselben gerechtfertigt, so daß erst alle anderen Mittel auszuschöpfen sind.

Entsprechend ist der Eingriff um so weitgehender zulässig, als das in Frage stehende Grundrecht sich als nur wenig oder gar nicht „organisiert“ und konkretisiert darstellt⁸².

Diese elastische Einstellung der französischen Rechtslehre und -praxis erklärt sich dadurch, daß die Erklärung von 1789 nur eine sachlich eng begrenzte Schrankensystematik enthält, die in ihrem allzu weitgehenden Individualismus einen modernen sozialen Staat unerträglich einengt.

Grundlegend bestimmt etwa Art. 4 der Erklärung von 1789: „Die Freiheit besteht darin, alles tun zu können, was einem anderen nicht schadet; die Ausübung der natürlichen Rechte jedes Menschen kennt daher Grenzen nur insoweit, als die Sicherung der Ausübung dieser selben Rechte durch die übrigen Glieder der Gesellschaft in Frage steht. Diese Grenzen können nur durch das Gesetz bestimmt werden.“ Im einzelnen kennt Art. 10 Erklärung 1789 für die Meinungsfreiheit den *ordre public* als Vorbehaltschranke: „Niemand darf wegen seiner Meinungen, einschließlich seiner religiösen Überzeugung, behelligt werden, vorausgesetzt, daß ihre Betätigung nicht den durch das Gesetz umschriebenen *ordre public* gefährdet.“ Auch Art. 11 zeugt von einem extremen Liberalismus der Erklärung von 1789, wenn er als Schranke der Äußerungsfreiheit nur den Rechtsmißbrauch gelten läßt: „Die freie Äußerung von Gedanken und Meinungen ist eines

⁸² Vgl. Burdeau, *Libertés publiques* S. 34; Vedel, *Droit administratif* S. 604 f.

der kostbarsten Menschenrechte; jeder Bürger kann daher frei reden, schreiben und drucken, abgesehen von den durch Gesetz bestimmten Fällen des Mißbrauches dieser Freiheit.“ Endlich bestimmt Art. 17: „Das Eigentum ist ein unverletzliches und geheiligtes Recht; niemand darf seiner beraubt werden, wenn es nicht das öffentliche Wohl offenkundig und nach gesetzlicher Feststellung erfordert. Im letzteren Fall ist ein gerechter Ausgleich vor der Enteignung zu gewähren.“

Aus diesen Einzelregelungen suchen die französische Rechtslehre und -praxis abzuleiten, daß alle Freiheitsrechte unter dem Vorbehalt des *ordre public* (der öffentlichen Ordnung) stehen, wie entsprechend auch der Begriff des öffentlichen Interesses Wesensbestandteil des rechtsstaatlichen Verwaltungshandelns ist⁸³. Der *ordre public* kann dabei mit einem Gesetz vom 5. April 1884 als Aufrechterhaltung der Sicherheit, Ruhe und Gesundheit der Öffentlichkeit umschrieben werden, wobei die Einschränkung von Grundrechten nach Ort und Zeit wechseln kann, jedoch eine gewisse Proportionalität zur Gefährdung der öffentlichen Ordnung beachten muß⁸⁴.

Im einzelnen hebt etwa *Bureau* hervor, daß die Freiheitsrechte nach ihrem Wesen und Zweck nicht nur in den Rechten anderer ihre Grenzen finden, sondern ganz allgemein die demokratische Ordnung eine Schranke darstelle, da dieselbe die Freiheit erst „gebrauchsfähig“ mache⁸⁵. Diese Entfaltungsbedingungen mindern daher die Grundrechte nicht, sondern umschreiben erst ihren eigentlichen Inhalt. Andererseits genügt nicht die bloße objektive Nützlichkeit der einschränkenden Ordnungsregeln, sondern diese müssen selbst auf den Gehalt der verfassungsmäßigen Freiheiten Rücksicht nehmen⁸⁶.

b) Entsprechend finden sich meist auch nur sehr allgemein gehaltene Bemerkungen über die Frage der Grundrechtseinschränkung im Gefangen-schaftsverhältnis. So führt etwa *Laugier*⁸⁷ aus, die Erhaltung der durch das Verbrechen angegriffenen staatlichen Gesellschaft rechtfertige eine generelle Beschränkung der Grundrechte⁸⁸. Ebenfalls im Ungewissen läßt eine längere Abhandlung von *Maurel*⁸⁹. Er lehnt zunächst einige Betrachtungen

⁸³ Vgl. *Vedel*, *Droit administratif* S. 212; *Waline*, *Droit administratif* Nr. 1038 mit Nachweisen. Ähnlich, wenn auch im einzelnen präzisierender, die belgische Verfassungsrechtslehre, vgl. *Wigny*, *Droit constitutionnel* Bd. I Nr. 155 S. 267 f.

⁸⁴ Vgl. *Vedel* a.a.O. S. 603 f.; *Waline* a.a.O. Nr. 1042; eingehend *François Méjan*, *La réglementation de la circulation des véhicules sur les voies publiques urbaines*, RA Jg. 14 (1961) S. 379–387, 382 ff.

⁸⁵ *Libertés publiques* S. 29 ff.

⁸⁶ A.a.O. S. 31 f.

⁸⁷ *Revintpolcrim* Nr. 3 (1953) S. 27.

⁸⁸ Ähnlich vertrat in Deutschland *Dürig*, Art. 2 des Grundgesetzes und die Generalermächtigung zu allgemeinpolizeilichen Maßnahmen, AöR Bd. 79 (1953/54) S. 57–86, 85 f. die Auffassung, der Strafvollzug sei (ebenso wie das materielle Strafrecht und das Prozeßrecht) Rückverweisung des Betroffenen in die von vornherein durch das Strafrecht gezogenen Grundrechtsschranken. In *Maunz-Dürig*, GG Art. 2 Abs. 1 Randn. 77 hat er diese Theorie zu Recht ausdrücklich aufgegeben, handelt es sich doch bei Verhängung und Vollzug der (Freiheits-)Strafe bewußt und gewollt um neue Grundrechtsbeeinträchtigungen.

⁸⁹ *Rev pénit* Bd. 73 (1949) S. 374 ff.

tungsweisen als „gefährlich“ ab, die dahin gehen, daß der sozial-gesellschaftliche Körper als Wesenheit aufzufassen ist, außerhalb derer der Mensch sich nicht verwirklichen kann, so daß die Erhaltung der (freien) Gesellschaft als erste aller Pflichten und Rechte des Staates jede Grundrechtsbeschränkung des Gefangenen rechtfertigt. Weiter verwirft er die Vorstellung einer erheblichen rechtlichen Benachteiligung des gerichtlich überführten Rechtsbrechers durch eine Art Verwirkungsgedanken, der auf die Beschränkung der Grundrechte des Einzelnen durch die Rechte anderer abstellt⁹⁰. Maurel selbst deutet eine Verbindung von Utilitätsgedanken mit rechtsstaatlichen Vorstellungen an, um eine menschliche Gefangenhaltung des Kriminellen unter Wahrung gewisser (welcher?) Grundrechte zu rechtfertigen, läßt jedoch die endgültige Lösung ausdrücklich dahingestellt⁹¹.

Mehr philosophisch-allgemein ist auch die Formel bei Cannat: „Zusammenfassend schuldet sie (sc.: die Gesellschaft) dem Gefangenen alles das, was ein Mensch einem anderen Menschen, über den er Gewalt hat, legitimerweise nicht verweigern kann.“⁹²

Außer Streit dürfte lediglich stehen, daß „gewisse Grundrechte“ oder „die wesentlichen Grundrechte“ auch für den Strafgefangenen gelten⁹³, und so dürfte es auch mehr als eine humanitäre Geste sein, wenn das französische Justizministerium (Direction de l'Administration Pénitentiaire) unter der Überschrift „Verfassungsprinzipien die Erklärung von 1789 an den Anfang des zweiten Bandes des Recueil Pénitentiaire gestellt hat.

c) Eine dogmatische Erfassung der Grundrechtsgeltung im Gefangenschaftsverhältnis wird dadurch erschwert, daß der Begriff des besonderen Gewaltverhältnisses dem französischen Recht fremd ist. Allerdings existieren selbstverständlich auch in Frankreich „besondere Gewaltverhältnisse“, und die Grundrechtsbeschränkungen im Beamten-⁹⁴ oder Soldatenverhältnis⁹⁵ werden mit denselben Wendungen wie im deutschen Recht umschrieben. Es fehlt jedoch die Erfassung der Gemeinsamkeit dieser Rechtsverhältnisse durch einen institutionellen Begriff⁹⁶.

aa) Im einzelnen wird die Herausarbeitung einer generellen Rechtsstellung des Gefangenen dadurch erschwert, daß dieser zwar als in einem öffentlich-rechtlichen Verhältnis zum Staat stehend begriffen wird⁹⁷, aber

⁹⁰ Vgl. Maurel a.a.O. S. 378.

⁹¹ A.a.O. S. 379 f.

⁹² Réforme S. 18.

⁹³ So: Maurel a.a.O. S. 379; Ancel, La protection S. 60 und in RSC Bd. 13 (1953) S. 150 f.; Vidal-Magnol, Cours Nr. 48 S. 59. Sehr allgemein gehalten ist auch die Stellungnahme der belgischen Verfassungsrechtslehre, vgl. Wigny, Droit constitutionnel Bd. I Nr. 191 S. 305, Nr. 192 S. 307.

⁹⁴ Vgl. dazu Bourdoncle, D. 1960 Chr. S. 237 ff.; Hauriou, Droit administratif S. 78 ff. Zutreffend bezeichnet Siorat, RDP Bd. 76 (1960) S. 504, den Beamten als einen „citoyen spécial“.

⁹⁵ Vgl. dazu Siorat a.a.O. S. 505.

⁹⁶ Vgl. für die ähnliche Lage in Österreich: Felix Ermacora, Das besondere Gewaltverhältnis in der österreichischen Rechtsordnung, DÖV 1956 S. 529–532, und in VVDStRL Heft 15 S. 217.

⁹⁷ Vgl. Vidal-Magnol, Cours Nr. 53 S. 66.

weder als (Zwangs-)Benutzer einer öffentlich-rechtlichen Anstalt noch als Glied einer öffentlichen Einrichtung angesehen werden kann.

Der Begriff der Anstalt (*établissement public*) setzt als notwendiges Kriterium die Rechtsfähigkeit voraus, welche den Strafanstalten unstreitig fehlt⁹⁸.

Der Begriff des *service public* dagegen ist zwar ein Zentralbegriff des französischen (weniger des belgischen) Verwaltungsrechtes, in seinen Kriterien aber sehr umstritten. Übereinstimmung besteht jedoch über das Erfordernis positiver Nutzbarkeit der Einrichtung durch den Einzelnen. Die Gesamtheit der Strafanstalten wird allerdings häufig als „*services pénitentiaires*“ bezeichnet. Der Erziehungsvollzug wird aber von der Verwaltungswissenschaft (noch?) nicht als ein unmittelbarer Nutzen für den Gefangenen angesehen. In einem *service public* stehen daher zwar die Beamten der Strafanstalten, nicht aber die Insassen derselben⁹⁹; entsprechend hat der Conseil d'Etat etwa die Ausdehnung der u. a. für den *service public* entwickelten *théorie du risque professionnel* auf die Strafgefangenen abgelehnt¹⁰⁰.

Die einzelnen Strafanstalten können daher lediglich als öffentliche Gebäude (*bâtiments publics*) gekennzeichnet werden¹⁰¹; in ihrer Gesamtheit unterstehen sie direkt dem Justizministerium. Entsprechend beschränkt sich die französische Vollzugsrechtswissenschaft auf das Studium der einschlägigen Vollzugsvorschriften und sieht die verfassungsmäßigen Leitideen mehr als einen Teil der menschlichen Realitäten im Strafanstaltsleben und damit als sozialen Teil der Vollzugspolitik an¹⁰².

bb) Lediglich eine Äußerung von Charles Germain zeigt, daß die rechtstheoretische Erfassung der Rechtsstellung des Gefangenen in Frankreich der in Deutschland und in der Schweiz durchaus wesensgleich ist: Germain führte bei den Beratungen zu einer Europäischen Erklärung der Rechte des Strafgefangenen aus, daß der Gefangene – ähnlich wie der Soldat – in einer Zwangsgemeinschaft lebt und daher einem besonderen Gehorsam (*discipline particulière*) unterworfen ist.

Diese Äußerung Germain stellt klar, daß auch der französische Strafgefangene rechtlich in einem „besonderen Gewaltverhältnis“ steht, das jedenfalls alle die Grundrechtseinschränkungen rechtfertigt, die von der Aufrechterhaltung der Sicherheit und Ordnung in den Strafanstalten, also

⁹⁸ Vgl. Waline a.a.O. Nr. 594 f.; Hauriou a.a.O. S. 197.

⁹⁹ Vgl. Odent, Contentieux S. 267.

¹⁰⁰ C. E. vom 25. 1. 1952 (Vacqué), S. 1953. 3. 98 = D. 1952 Jur. S. 580 mit Anm. Morange; vgl. auch Waline a.a.O. Nr. 1227 und Odent a.a.O. S. 688.

¹⁰¹ Vgl. Waline a.a.O. Nr. 595; Hauriou a.a.O. S. 384; C. E. vom 31. 3. 1954 (dame Gioux), Rec S. 200 f. Gour, Diss. S. 229 weist allerdings auf die Ähnlichkeit der Gefängnisse mit den übrigen Gemeinschaftsanstalten hin. – Ebenso schwierig ist die Rechtsstellung der Insassen öffentlicher Krankenanstalten zu bestimmen (vgl. Waline a.a.O. Nr. 1276), obwohl die Krankenhäuser in der Regel als öffentliche Gemeindeeinrichtungen rechtsfähige Anstalten sind, vgl. Hauriou a.a.O. S. 200 f.

¹⁰² Vgl. Pinatel, Traité S. 7.

durch den geordneten äußeren Gang des Strafvollzuges, gefordert werden¹⁰³. Diese Rechtfertigung deckt sich im Ergebnis mit der Auffassung, die in der Zugehörigkeit zu einer (Zwangs-)Gemeinschaft (hier: der Gefängnisgemeinschaft, *communauté pénitentiaire*) einen zureichenden Grund dafür sieht, die Glieder dieser Gemeinschaft in ihrer Rechtsstellung insoweit zu beschränken, als Ziel und ordentliche Tätigkeit dieser Gemeinschaft in Frage stehen¹⁰⁴.

Ausdrücklich steht dagegen etwa die argentinische Regelung der deutschen Konstruktion des besonderen Gewaltverhältnisses näher; das Strafvollzugsgesetz bestimmt: „Die Hausordnungen können nicht mehr Beschränkungen aufstellen oder zulassen, als sie mit Rücksicht auf den jeweiligen Anstaltstyp unerlässlich sind zur Aufrechterhaltung der Sicherheit und einer korrekten Organisation des Gefängnisleben.“ (Art. 4 *Ley Penitenciaria*). Daneben gibt das französische (ebenso wie das deutsche) Recht aus der Sachgewalt am öffentlichen Gebäude gewisse Befugnisse, die der Vorsteher (Leiter) insbesondere zur Verhinderung von Beschädigungen usw. ausüben kann¹⁰⁵.

cc) Der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit weitergehender Grundrechtsbeschränkungen durch pädagogische Erwägungen steht die französische und belgische Strafvollzugswissenschaft weniger zurückhaltend als in Deutschland üblich gegenüber.

Zwar hat es auch in Frankreich nicht an Stimmen gefehlt, die in Erziehungsversuchen gegenüber erwachsenen Strafgefangenen eine Verletzung der menschlichen Person, ihrer Würde und ihrer natürlichen Rechte sehen wollten¹⁰⁶. Die ganz herrschende Meinung teilt diese Bedenken jedoch nicht und nimmt sogar – insbesondere, soweit die neue *défense-sociale*-Lehre in Frage steht – ein Recht des Gefangenen auf Erziehung an¹⁰⁷. Gelegentlich wird sogar davon gesprochen, es handele sich dabei um „ein wahres Grundrecht“, das der Kriminelle mit Ausspruch der Strafe gegenüber der Gesellschaft erlange¹⁰⁸.

Diese letztere Betrachtungsweise bringt trotz aller Betonung der staatlichen Verpflichtung gegenüber dem Gefangenen unser Problem in Wahrheit keiner Lösung näher. Die Vorstellung, der Gefangene habe ein Recht auf Resozialisierung und damit auch auf eine geeignete Erziehung, kann keines-

¹⁰³ So im Ergebnis auch: Orvain, Rapport 1959 S. 37; für das belgische Recht ebenso: Dupréel, *Revdrpénrim* Bd. 38 (1957/58) S. 173, 177.

¹⁰⁴ Vgl. Duguit, *Traité* Bd. 1 S. 403 f.; ähnlich Germain, *Eléments* S. 92 und Vedel, *Droit administratif* S. 558.

¹⁰⁵ Vgl. Hauriou a.a.O. S. 365.

¹⁰⁶ Vgl. Alfred Légal, *RSC* Bd. 14 (1954) S. 208–211, 210 (Bericht über: *Les droits de l'individu devant le colloque des Facultés de Droit*).

¹⁰⁷ Vgl. Maurel a.a.O.; Ancel, *La protection* S. 51 und in *Revindtrpén* 1950 S. 186. Nuvolone, *RSC* Bd. 16 (1956) S. 234 bezeichnet dieses Recht auf Resozialisierung als einen der Grundpfeiler der modernen *défense-sociale*-Doktrin, bezweifelt aber in *Rivindirpen* Bd. 9 (1956) S. 782–783, 782 (Buchbesprechung) die dogmatische Haltbarkeit dieser Konstruktion.

¹⁰⁸ So Ancel, *RSC* Bd. 13 (1953) S. 153; Cannat, *Revpnit* Bd. 77 (1953) S. 218.

wegs die verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer „Behandlung“ (*traitement*) des Gefangenen im Strafvollzug und die damit verbundenen Grundrechtseingriffe rechtfertigen, denn es ist das Spezifische eines subjektiven Rechts, daß sein Träger es gegebenenfalls nicht ausübt: Der Erziehungsvollzug wäre daher jedenfalls bei Widerspruch des Gefangenen unzulässig¹⁰⁹.

Weiter scheint vielmehr das Argument zu führen, der Gefangene nehme an der Erziehung selbst teil, er erziehe sich im Grunde selbst und die Verwaltung schaffe hierfür nur die Voraussetzungen – so daß das *traitement* kein Zwangsvorgang und entsprechend kein Zwangseingriff in Grundrechte sei¹¹⁰, vielmehr dem Gefangenen nützen und ihm helfen wolle, seinen Platz in der Gesellschaft wieder einzunehmen¹¹¹. Im übrigen habe der Kriminelle durch sein Verhalten gezeigt, daß er sich selbst nicht genügend erzogen und einen festen Stand im sozialen Leben noch nicht erreicht habe, so daß der Staat berechtigt und verpflichtet sei, diesem Mangel abzuhelpen¹¹². Diese Erwägungen arbeiten praktisch mit denselben Gründen, die in Deutschland zur Rechtfertigung des Erziehungsvollzuges herangezogen werden. Richtig ist an ihnen jedenfalls, daß eine wirksame Erziehung des erwachsenen Menschen stets dessen aktive Teilnahme voraussetzt. Liegt diese vor, so könnte man geneigt sein, rechtlich von einer Einwilligung des Betroffenen in die aus dem Resozialisierungsversuch resultierenden Grundrechtseinschränkungen zu sprechen. Diese Konstruktion einer Einwilligung würde aber allzu fiktiv, wollte man sie etwa mit ihrem objektiven Nutzen auch bei fehlender Zustimmung oder gar Widerspruch des Gefangenen zugrunde legen.

Die französische Vollzugslehre geht jedoch davon aus, daß die Zeit der Gefangenschaft zwar dem Gefangenen auch (im Sinne einer Eigenerziehung) helfen, daneben aber zugleich einer Behandlung entsprechend den Interessen der Gesellschaft Raum geben soll¹¹³. Daher wird nicht ganz verständlich, inwiefern insbesondere die neue *défense-sociale*-Bewegung diesen freiwilligen Charakter der Erziehung betonen kann: Denn ist der Einzelne nicht erziehbar und resozialisierbar, so sollen ihn nach dieser Doktrin „Spezialmaßnahmen“, die bis zu lebenslanger Gefangenschaft gehen, daran hindern, der Gesellschaft erneut zu schaden¹¹⁴.

Es wurde jedoch bereits hervorgehoben, daß die französische und belgische Vollzugswissenschaft eine Rechtsstellung des Gefangenen vorwiegend aus

¹⁰⁹ Zu helfen wäre nur, wenn man dieses Recht nicht im eigentlichen Sinne als „subjektiv“ ansieht und seinen Träger als der Verfügung ermangelnd betrachtet – eine Ansicht, die *Fleiner-Giacometti*, Bundesstaatsrecht S. 242, für das Grundrechtssystem des schweizerischen Staatsrechts vertreten; ähnlich im französischen Recht neuerdings *Burdeau*, *Droit constitutionnel* S. 65, 170. Für das deutsche Verfassungsrecht findet sich bei *Maunz-Dürig*, GG Art. 38 Randn. 32 eine entsprechende Ansicht für das Wahlrecht; für die Gesamtheit der Freiheitsrechte aber eindeutig im Sinne der herkömmlichen Meinung *Maunz*, Staatsrecht S. 133 f.

¹¹⁰ Vgl. *Ancel*, zit. nach RSC Bd. 14 (1954) S. 211; *Cannat*, RSC Bd. 21 (1961) S. 137.

¹¹¹ Vgl. *Magnier*, zit. nach RSC Bd. 14 (1954) S. 211.

¹¹² Vgl. *Cuche*, *Traité* S. 347 f.

¹¹³ Vgl. *Orvain*, *Rapport* 1959 S. 55.

¹¹⁴ Vgl. *Ancel*, *Revintdrpn* Bd. 21 (1950) S. 186.

kriminalpädagogischen Erwägungen bejaht. Wenngleich auch die Unterwerfung der Vollzugsverwaltung unter die Prinzipien des Verfassungsrechts betont wird, bleibt nach französischer Auffassung die endgültige Grenzziehung zwischen den Eingriffs-(und Verteidigungs-)Rechten der Gesellschaft und den Grundrechten des Rechtsbrechers wesentlich eine Frage der Kriminalpolitik und wird damit im Vollzug zur Funktion des Erziehungszweckes¹¹⁵.

Bedeutet der Erziehungsvollzug auch einen tiefgehenden Eingriff in die Persönlichkeitsrechte des Einzelnen, so sieht die französische Rechtslehre allgemein rechtsstaatlichen Forderungen dadurch als genügt an, daß das Gesetz selbst nunmehr in Art. 728 C. p. p. diesen Erziehungsvollzug vorsieht¹¹⁶. Es handelt sich hier um einen beispielhaften Ausdruck des tiefen Gesetzesglaubens, der seit der Revolution von 1789 zu einer Art Mythos geführt hatte; die besondere Gründlichkeit, mit der die V. Republik auch auf diesem Gebiet die Entmythisierung vorangetrieben hat, ist für den Bereich der Grundrechtsbeschränkbarkeit bisher ohne große Folgen geblieben: Das Gesetz bestimmt die Grenzen der Grundrechte.

Vor dieser gesetzlichen Festlegung wurde gelegentlich die Bezeichnung der Gefängnisstrafe als „emprisonnement correctionnel“ durch den Strafgesetzgeber von 1810 herangezogen¹¹⁷. Als verfassungsrechtliche Grundlage wird ferner häufig auf Art. 10 des Verfassungsentwurfes von 1946 hingewiesen, der von der Assemblée constituante einstimmig angenommen worden war. – Ob diese Deutungen bei der in Frankreich vorherrschenden Tendenz zur Einheitsstrafe wirklich überzeugen, mag dahinstehen.

Bringt der Erziehungsvollzug eine erhebliche Modifikation der vom Richter verhängten Strafe mit sich, und muß er meist sogar zu einer völligen Umwandlung dieser Strafe durch die Praxis der Vollzugsverwaltung führen, so wird die Achtung der Rechte des Gefangenen als durch die Beteiligung des Richters am Vollzuge genügend gesichert angesehen¹¹⁸.

Zusammenfassend läßt sich hervorheben, daß eine generelle Grundrechtsbeschränkung zumindest aus dem Erfordernis der Aufrechterhaltung von Sicherheit und Ordnung in den Strafanstalten gerechtfertigt ist (vgl. Art. D. 241 ff.); insofern stimmen alle herangezogenen Rechtskreise mit der Regelung in Art. 3 Europa-Erklärung 1961 überein. Dieselbe Erklärung läßt darüber hinaus, wie bereits angedeutet, in Übereinstimmung mit der herrschenden belgischen und französischen Rechtsauffassung eine Ausübungsbeschränkung der Grundrechte bei Unvereinbarkeit mit den Zielen des Freiheitsentzuges, insbesondere mit dem Erziehungsziel des modernen Strafvollzuges, zu. Es sei bereits an dieser Stelle darauf hingewiesen, daß diese letztere – in Deutschland umstrittene – Frage bei den Problemen des Schulzwanges und des Heiratsrechtes erheblich wird.

¹¹⁵ Vgl. Ancel, La Protection S. 9; auch Cornil, SchwZStrafR Bd. 74 (1959) S. 15; ähnlich für das schweizerische Recht Jacomella, StrafSchw Dez. 1957 S. 18.

¹¹⁶ Vgl. Ancel, La Protection S. 51 und in Traitement S. XXI; Vedel, J. C. P. 1960. II. 11 629bis (unter Nr. IV) (Urteilsanm.).

¹¹⁷ Vgl. Cannat, Réforme S. 258.

¹¹⁸ Vgl. Ancel, La Protection S. 52.

V. ABSCHNITT

Das materielle Verhältnis von Verfassungsrecht und Strafvollzug im einzelnen

1. Es wurde bereits mehrfach hervorgehoben, daß die staatliche Strafgewalt und damit auch die Vollziehung des staatlichen Strafanspruches an die Achtung der menschlichen W ü r d e gebunden ist.

a) Diese unabdingbare Forderung modernen rechtsstaatlichen Denkens ergibt sich für Deutschland aus Art. 1 Abs. 1 GG, der als unmittelbar geltendes Recht die Achtung und den Schutz der Menschenwürde als Verpflichtung aller staatlichen Gewalt statuiert.

Für Frankreich bestimmen Art. D. 241 ff. C. p. p., daß der Strafvollzug die menschliche Würde zu respektieren hat. Erscheint der Grundsatz von der Achtung der Menschenwürde auch nicht in der Verfassung von 1958 (oder in der Erklärung von 1789), so kann er doch unbedenklich auch für Frankreich als allgemeines Rechtsprinzip mit Verfassungsrang bezeichnet werden¹. Darüber hinaus kehrt die Forderung nach Achtung der Menschenwürde in Art. 5 der Universellen Erklärung der Menschenrechte von 1948 wieder.

Abgesehen von diesen Verfassungsproklamationen kann mit Nachdruck darauf hingewiesen werden, daß die Achtung der menschlichen Würde heute eines der Fundamentalprinzipien des modernen Strafvollzuges darstellt²; auch der Gefangene hat seine Würde nicht etwa verwirkt³.

Nach neuzeitlicher Auffassung ist die Achtung der Würde des Einzelnen ein überstaatlicher, jeder Rechtsordnung vorgegebener allgemeiner Rechtsgrundsatz, der von jeder Positivierung unabhängige Geltungskraft besitzt⁴.

b) Streitig ist in der deutschen Rechtslehre, ob Art. 1 Abs. 1 GG über seinen Charakter als Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes hinaus

¹ Vgl. Pinto, EtDoc Heft 3 (1949) S. 25; Couziniet, Les déclarations S. 40; ebenso für das belgische Verfassungsrecht Wigny, Droit constitutionnel Bd. I Nr. 200 S. 317 f.

² Vgl. Ancel, La protection S. 45, 51; Cuello Calón, Penología S. 262, 258 f.; Graven, in Hugueney-Ancel Bd. I S. 391; Peters, Kriminalpädagogik S. 55, 204, 219; v. Münch, JZ 1958 S. 74.

³ Für das deutsche Recht folgt dieses Ergebnis zwingend aus Art. 18 GG; für das französische Recht übereinstimmend Cannat, Réforme S. 17 und nachdrücklich in Revpénit Bd. 74 (1950) S. 412.

⁴ Vgl. v. Mangoldt-Klein, GG Art. 1 Anm. III 1 a S. 146; Nipperdey, Grundrechte Bd. II S. 1, 7; Wolff, Verwaltungsrecht I § 33 I b, 25 I a 1.

echte Grundrechtsqualität (im Sinne eines subjektiven öffentlichen Rechts) besitzt.

Die wohl herrschende Meinung hält mit Abweichungen im einzelnen dafür, daß die genannte Norm nur Bestandteil des objektiven Rechts sei, an das die Staatsorgane gebunden sind, ohne daß der Einzelne aus ihr ein subjektives Recht ableiten kann⁵. Sie kommt zu dieser Auffassung im wesentlichen auf Grund einer Wortinterpretation der Abs. 2 („bekennt sich d a r u m zu unverletzlichen Menschenrechten“) und Abs. 3 („Die n a c h f o l g e n d e n Grundrechte . . .“). Mag diese systematische Auslegungsmethode auch dafür sprechen, Abs. 1 sehe die Menschenwürde nur als Wertsubstanz für die Ableitung der („nachfolgenden“) Grundrechte, so kann doch mit Rücksicht auf die unstreitige Bindungskraft des Art. 1 Abs. 1 auch die Gegenansicht erhebliche Argumente dafür anführen, daß die Menschenwürde – im Wege einer mehr teleologischen Interpretation – auch als oberstes Grundrecht zu deuten ist⁶.

Ferner ist umstritten, ob Art. 1 Abs. 1 GG die Würde absolut oder nur relativ schützt, ob also nur eine Beeinträchtigung der menschlichen Würde als solcher oder ob bereits ein Angriff auf die Würde einer einzelnen Person die grundgesetzliche Norm verletzt. – Sieht man Art. 1 Abs. 1 GG als subjektiv-öffentliches Recht, so muß man notwendig zu der zweiten Auffassung kommen⁷, während für die Anhänger der herrschenden Meinung die erstere Ansicht näher liegt⁸.

c) Wesentlich schwieriger und von größerem praktischem Wert ist die Bestimmung des Inhaltes des mit dem Begriff der Menschenwürde umschriebenen Rechtsgutes.

Berücksichtigt die Menschenwürde die gesamte komplexe Gebundenheit des Einzelmenschen im staatlichen Gemeinschaftsleben einschließlich seiner ethischen und religiösen Vorstellungen, so muß eine Definition der Würde notwendig allgemein gehalten bleiben.

Überwiegend wird in der Würde zutreffend das wesenhafte Sein des Menschen als **Persönlichkeit** gesehen⁹.

⁵ Vgl. Maunz, Staatsrecht S. 97; Maunz-Dürig, GG Art. 1 Randn. 4; Münch, Menschenwürde S. 3 ff. Nur als (allerdings maßgebende) Auslegungsregel wird die Vorschrift von v. Mangoldt-Klein a.a.O. I c S. 147 angesehen.

⁶ So: Nipperdey, Grundrechte Bd. II S. 11 ff., 13; OLG Nürnberg, GA 1961 S. 247–250, 250; Spannagel, Diss. S. 31 f. Für diese Auffassung dürfte auch die Zulassung der Verfassungsbeschwerde bei Verletzung der Menschenwürde sprechen, vgl. BVerfG 1 S. 332–349, 347 f.; 6 S. 389–443, 433 (allerdings unter gleichzeitiger Heranziehung des Art. 2 Abs. 1 GG).

⁷ Folgerichtig daher Nipperdey a.a.O. S. 3; Spannagel a.a.O. S. 32 f.; ebenso aber auch v. Mangoldt-Klein a.a.O. Anm. III 3 c S. 151.

⁸ So Maunz-Dürig a.a.O. Randn. 4, 18; Münch a.a.O. S. 7 f.; BayVerfGH Bd. 65 II. S. 85–93, 91, 93.

⁹ Vgl. Nipperdey a.a.O. S. 4 f.; Maunz, Staatsrecht S. 95; v. Mangoldt-Klein a.a.O. Anm. III 2 a S. 149; ebenso für das schweizerische Recht: Ger-mann, Kommentar Allgem. Vorbem. Randn. 25.

Diese Umschreibung gibt trotz ihrer Allgemeinheit auch für den Strafvollzug wertvolle Anhaltspunkte: Die Würde des Gefangenen achten heißt, seinen Eigenwert als autonome Persönlichkeit nicht zu verletzen¹⁰.

d) Dieses Persönlichkeits-Sein bedeutet zunächst, daß der Mensch Subjekt sittlicher und rechtlicher Normen ist¹¹. Im Hinblick hierauf ist es interessant festzustellen, daß besonders seit 1945 eine fast universale Bewegung zugleich mit der Betonung der Würde des Gefangenen den Gesetzgeber und häufig sogar den Verfassungsgesetzgeber auf den Plan rief, um den Strafvollzug im Sinne eines objektiven und subjektiven Rechtes durchzunormieren und damit eine *Rechtsstellung* des Gefangenen zu begründen¹². Hier ist zunächst Art. 27 Abs. 3 der italienischen Verfassung zu nennen, der eine humane Behandlung der Gefangenen vorschreibt¹³. Art. 111 der philippinischen Verfassung untersagt alle grausamen und böartigen Akte, und auch die Staatsgrundgesetze von Argentinien (Art. 18), Guatemala (Art. 45), Nicaragua (Art. 76), Panama (Art. 28) und der sogen. DDR (Art. 137) beschäftigen sich mit der Rechtsstellung der Strafgefangenen.

Von den neueren nationalen Gesetzen sind außer dem französischen C. p. p. besonders zu nennen: das schwedische Gesetz über den Vollzug der Freiheitsstrafen vom 1. 10. 1956, dessen § 24 Abs. 1 S. 1 vorschreibt: „Der Gefangene ist mit Festigkeit und Ernst, aber mit Achtung seiner menschlichen Würde zu behandeln.“; die englische, im Einklang mit dem Gesetz über Kriminalrechtspflege von 1948 publizierte Gefängnisordnung (Prison Rules) vom 2. 6. 1949 („Die Gefangenen sind stets so zu behandeln, daß in ihnen Selbstachtung und Sinn für persönliche Verantwortung gestärkt werden.“ Regel 29 c); die spanische Gefängnisordnung (Reglamento de los Servicios de Prisiones) vom 2. 2. 1956 („Die Aufgabe des Strafvollzuges hat sich unter Achtung der menschlichen Person der Gefangenen . . . zu vollziehen.“); das neue brasilianische Strafgesetzbuch („Die Gefängnisordnungen dürfen keine Maßnahme zulassen, die . . . eine Verletzung der menschlichen Würde darstellen würde.“ Art. 32); das argentinische nationale Strafvollzugsgesetz (Ley Penitenciaria Nacional) vom 14. Januar 1958 („Der Vollzug der Strafen muß von allen Qualen und Mißhandlungen sowie von allen die Person des Verurteilten verletzenden oder erniedrigenden Akten frei sein.“ Art. 3 S. 1); das jugoslawische Strafgesetzbuch vom 2. März 1951 („Durch den Strafvollzug darf dem Verurteilten weder physisches Leid angetan noch dessen Menschenwürde gekränkt werden.“ Art. 51 Abs. 2). Ähnlich bestimmt jetzt auch Nr. 61 Abs. 1 S. 1 der deutschen DVollzO von 1961: „Der Gefangene ist menschlich und gerecht zu behandeln.“

Andererseits ist zu berücksichtigen, daß eine allzu minutiöse Regelung des Strafanstaltslebens den Gefangenen in einen lebenden Automaten ver-

¹⁰ Vgl. Cuello Calón, *Penología* S. 262; Stree, *Deliktsfolgen* S. 37 bei Anm. 113; wohl auch Mittermaier, *Gefängniskunde* S. 12 f.

¹¹ Vgl. Wolff, *Verwaltungsrecht* I § 33 I b; Württenberger, *Bewährungshilfe* 1963 S. 25; Coing, *Beiträge* S. 205; Duguit, *Traité* Bd. 1 S. 461.

¹² Vgl. Ancel, *La Protection* S. 45 und in *Traitement* S. 26 f.

¹³ „Die Strafen dürfen nicht in einer gegen die Menschlichkeit verstoßenden Behandlung bestehen; sie sollen eine Umerziehung des Verurteilten anstreben.“

wandelt und zum servus poenae macht¹⁴. Allerdings ist diese detaillierte Umgrenzung zur Aufrechterhaltung von Sicherheit und Ordnung sowie zur Erreichung der Straf- und Vollzugszwecke weitgehend unerlässlich; gegen den Grundsatz der Menschenwürde verstößt sie daher erst, wenn der Einzelne seiner Persönlichkeit entkleidet und nur noch als Objekt von Verwaltungszwecken behandelt wird¹⁵. Der Gefangene muß daher einen wenn auch begrenzten eigenen Lebensbereich behalten, in dem er seine Eigenpersönlichkeit bewahren und entfalten kann¹⁶.

Hiermit stimmt die Anerkennung eines Persönlichkeitsrechtes überein, das als Ausfluß der menschlichen Würde auch dem Gefangenen zusteht¹⁷.

Zu einem bloßen Objekt staatlicher Tätigkeit würde der Gefangene auch, wollte man seine Umweltbindungen mehr oder weniger vollständig lösen¹⁸; im Einklang mit der modernen Auffassung, daß der Gefangene trotz der schuldhaften Verletzung der Regeln des Gemeinschaftslebens ein Glied der (freien) Gesellschaft bleibt¹⁹, bestimmt Regel 61 der Minima zutreffend: „Der Vollzug darf die Ausschließung der Gefangenen aus der Gesellschaft nicht verstärken.“

e) Als weitere konkrete Folgerung aus dem Recht des Gefangenen auf Würde und Persönlichkeit ergibt sich, daß der Strafvollzug die Ehre des Gefangenen nicht stärker als durch den Richterspruch geschehen antasten darf²⁰. Es ist daher unzulässig, den Gefangenen mit „Du“ anzureden²¹, ihn nach einer Nummer zu rufen²² oder sich einer verletzenden Sprache zu bedienen, weibliche Gefangene in Gegenwart männlicher Personen zu untersuchen²³ usw.

¹⁴ Vgl. Cuello Calón, Penología S. 260.

¹⁵ Vgl. Maunz-Dürig, GG Art. 1 Randn. 28; Münch, Menschenwürde S. 9; Nipperdey aa.O. S. 17; Spannagel, Diss. S. 35 bei Anm. 130; Germann, Kommentar Allgem. Vorbem. Randn. 25.

¹⁶ Vgl. dazu näher unten S. 170.

¹⁷ Vgl. Hellmut Lantzke, Das Persönlichkeitsrecht des Gefangenen, GA Bd. 61 (1914) S. 4–26, 5 (im Anschluß an J. Kohler); Spannagel, Diss. S. 36 bei Anm. 134. – Das allgemeine Persönlichkeitsrecht, für die Schweiz ausdrücklich in Art. 28 ZGB niedergelegt, ist für Deutschland aus Art. 1 Abs. 1 in Verb. mit Art. 2 Abs. 1 GG abzuleiten, vgl. BGHZ 24 S. 72–83, 76 f.; 27 S. 284–291, 285; 30 S. 7–18, 10. Das französische Recht kennt es nur in seinen einzelnen Ausstrahlungen, nicht aber als zusammenfassenden Oberbegriff und „Quellrecht“, vgl. Nerson, Les droits extrapatrimoniaux, Paris 1939, S. 350 ff.; doch ist darauf hinzuweisen, daß diese einzelnen Persönlichkeitsrechte durch die Generalklausel der Art. 1382 f. C. c. einen umfassenden Schutz erfahren, vgl. Tribunal civil de la Seine, Urteil vom 4. 2. 1956, Gaz. 1956. 1. 284.

¹⁸ Vgl. Spannagel, Diss. S. 36.

¹⁹ Vgl. Ancel, La Protection S. 51 bei Anm. 21; Cuello Calón, Penología S. 260 bei Anm. 1.

²⁰ Vgl. Freudenthal, ZStW Bd. 32 (1922) S. 203, 234 f.; Graven, in Hugueney-Ancel Bd. I S. 403.

²¹ Vgl. Art. D. 220 C. p. p.; Nr. 61 Abs. 1 S. 2 DVollzO. Dies gilt auch für den Jugendstrafvollzug, jedenfalls soweit die über Achtzehnjährigen in Frage stehen, vgl. Peters, Kriminalpädagogik S. 254 in Anm. 466.

²² Vgl. Cuello Calón, Penología S. 259.

²³ Vgl. Art. D. 275 Abs. 3 C. p. p.; Maunz-Dürig, GG Art. 1 Fußn. 1 zu Randn. 41; v. Münch, JZ 1958 S. 74.

Inwieweit dagegen die Verpflichtung zum Tragen von Anstaltskleidung gegen die menschliche Würde verstößt, ist umstritten.

Gegen eine erniedrigende Unterscheidung der Zuchthausgefangenen durch eine gegenüber den anderen Strafgefangenen besondere Kleidung hat sich bereits Krohne²⁴ mit Nachdruck ausgesprochen. Allerdings hält das Rechtsbewußtsein des Volkes in Deutschland noch weithin an der Unterscheidung der entehrenden Zuchthausstrafe von der Gefängnisstrafe fest. Erachtet man die Verpflichtung zum Tragen von Anstaltskleidung für zulässig, so dürfte jedoch eine Unterscheidung in der Kleidung insoweit nicht auf eine Erniedrigung des Einzelnen hinauslaufen, als diese Unterscheidung geringfügig und aus Ordnungs- oder Sicherheitsgründen zwingend geboten ist.

Für das grundsätzliche Tragen von Anstaltskleidung scheinen gewichtige Gründe zu sprechen: Die Aufrechterhaltung von Sauberkeit, Ordnung und Sicherheit werden zumindest erleichtert, und der Eigenwert der Person scheint schon im Hinblick darauf nicht verletzt zu sein, daß z. B. auch in zahlreichen Krankenhäusern ein Zwang zum Tragen von Anstaltskleidung besteht.

Bei näherem Zusehen erscheinen diese Argumente jedoch weniger gewichtig. Die Sauberkeit der Gefangenen wird durch das Tragen eigener Kleidung nicht notwendig beeinträchtigt, zumal wenn die Sachen bei Einbringen in die Anstalt desinfiziert und auf ihre Sauberkeit hin untersucht werden. Der Ordnung in der Anstalt dient eine einförmige Kleidung nur dann, wenn verschiedene Gruppen oder Abteilungen von Gefangenen verschieden gekleidet sind, denn von dem Personal sind die Häftlinge auch „in Zivil“ zu unterscheiden. So bleibt als einzig gültiger Grund die Erschwerung des Untertauchens bei den nie ganz zu unterbindenden Fluchtversuchen.

Es darf nicht übersehen werden, daß in der Vergangenheit die Kleidung der Gefangenen vorwiegend dazu bestimmt war, diese zu zeichnen und – namentlich bei Verwendung zu Außenarbeiten – den Bürgern als abschreckendes Beispiel vorzuführen. Dieser Vergeltungs- und Generalpräventionsgedanke hat sich heute noch insofern erhalten, als die meisten Vollzugssysteme eine Abstufung nach der Schwere der Haftform (und damit regelmäßig auch der Tat) zulassen: Haftgefangenen kann das Tragen eigener Kleidung gestattet werden (ebenso Art. D. 517 – obligatorisch – für den Jugendstrafvollzug).

Bei künftigen Neuregelungen wird daher eingehend zu überlegen sein, ob wirklich die Erfordernisse der Praxis oder das Fortleben alter Vergeltungs- und Abschreckungsgedanken bisher noch zur Beibehaltung der Anstaltskleidung geführt haben²⁵.

²⁴ Verhandlungen des 29. Deutschen Juristentages (1908) Bd. 4 S. 199–245, 214 (Gutachten).

²⁵ Gegen jede uniforme Kleidung Jacomella, *Revercrimpo* 1950 S. 8 (unter Ableitung aus dem Grundsatz der Menschenwürde); a. A. z. B. v. Münch a. a. O. S. 74; vgl. auch KG vom 12. 6. 1961 (1 Ws 139/61) bei Altenhain, *JVBl* 1962 S. 198.

Mit Würde und Persönlichkeitsrecht des Gefangenen hängt auch das Problem der Öffentlichkeit des Strafvollzuges zusammen.

Hier gilt es allenthalben, den Gefangenen nicht zum Gegenstand von Neugier und Sensationslust werden zu lassen. Insbesondere die – freilich unumgänglichen – Gefangenentransporte sind häufig wahre Leidenswege für die Betroffenen, und mit Leidenschaft hat Bader für ihre Ausführung unter Wahrung der menschlichen Würde plädiert: „Aber nicht so, am helllichten Tage, der den Weg in das Gefängnis zum Pranger macht und den Marsch zum Spießrutenlaufen. Das muß nicht sein und das darf nicht sein. Wir sollten andere Wege finden, stillere und verborgene, die das Gesicht des Menschen, der sie beschreiten muß, nicht zerstören.“²⁶

Zumindest der öffentliche Transport in deutlich erkennbarer Häftlingskleidung dürfte gegen die Menschenwürde verstoßen²⁷. Im einzelnen muß es freilich der Vollzugsverwaltung überlassen bleiben, „zweckdienliche Vorichtsmaßregeln zu treffen, um die Gefangenen der Neugier oder Feindseligkeit des Publikums zu entziehen und jede Art von Öffentlichkeit zu vermeiden“ (Art. D. 125 Abs. 2 C. p. p.). Ist eine augenfällige Berührung mit der Öffentlichkeit nicht zu umgehen – wie etwa bei der Vorführung eines Gefangenen als Zeuge in einem Gerichtsverfahren –, so bestehen keine zwingenden Gründe für die Verpflichtung zum Tragen von Anstaltskleidung; Nr. 101 Abs. 2 DVollzO ist daher nur bei verfassungskonformer Auslegung als Muß-Vorschrift haltbar.

Ähnliche Vorbehalte gelten für Gefängnisbesichtigungen durch außenstehende Personen. Auch hier darf der Gefangene nicht zum Objekt der Neugier und der Schaulust werden²⁸. Zutreffend knüpft daher Art. 277 C. p. p. jede Gefängnisbesichtigung an die Erlaubnis der zentralen Vollzugsverwaltung und sieht für Unterhaltungen mit den Gefangenen und für photographische Aufnahmen das Erfordernis einer weiteren Erlaubnis vor²⁹. Ähnlich gestattet in Deutschland der Anstaltsleiter nur mit vorheriger Zustimmung der obersten Behörde der Landesjustizverwaltung (Nr. 9 Abs. 1 DVollzO) den Besuch seiner Anstalt durch Außenstehende (Art. 11 Abs. 1 DVollzO); man wird einschränkend annehmen müssen, daß auch die Landesjustizverwaltung bei Erteilung der Zustimmung insofern gebunden ist, als sie nicht nach freiem Ermessen, sondern nur nach sachlichen Gesichtspunkten entscheiden kann (vgl. auch Nr. 11 Abs. 1 DVollzO).

So ist allgemein in der Frage der Öffentlichkeit des Vollzuges heute ein deutlicher Wandel zu einer modernen, die Würde des Rechtsbrechers achten-

²⁶ JZ 1951 S. 795. Eine schonende Form des Gefangenentransportes fordert auch Nr. 45 Minima.

²⁷ So auch v. Münch, JZ 1958 S. 74; bedenklich daher Art. D. 309 C. p. p. (allerdings in seiner Tragweite durch Art. D. 295 Abs. 2 C. p. p. eingeschränkt); vgl. aber auch KG vom 24. 1. 1962 (1 Ws 507/61) bei Altenhain, JVB1 1962 S. 200.

²⁸ Vgl. Belezados Santos, Revintdrpén Bd. 33 (1962) S. 182; Cannat, Revintdrpén Bd. 32 (1961) S. 98.

²⁹ Eine Veröffentlichung von Gefangenephotos in den Zeitungen verbietet die Achtung der Menschenwürde, vgl. Cannat a.a.O.

den Auffassung zu erkennen. Das Recht, Leiden in der Stille zu erdulden, ist eines der wesentlichsten Attribute der menschlichen Person. Demgegenüber war die Öffentlichkeit der Strafvollstreckung ein Wesenselement des klassischen Vergeltungsstrafrechts, das durch diese Form den generalpräventiven Effekt zu erhöhen suchte. Eine Reihe von Strafen – wie das Rädern und das Pranger-Stehen – erhielten gerade durch die Öffentlichkeit ihrer Ausführung ihren Sinn. In der Exekution der Todesstrafe beseitigte Frankgemäß (willkürlich) handelt. Dabei steht es in seinem freien Ermessen, reich erst durch Gesetzesverordnung vom 24. 6. 1939 unter Abänderung des Art. 26 C. p. die bis dahin bestehende Öffentlichkeit³⁰.

Aber auch die Anwendung körperlicher und seelischer Mißhandlung verbietet die Achtung der Menschenwürde, und zwar sowohl im allgemeinen Arsenal der staatlichen Strafsanktionen als auch speziell (als Disziplinar-mittel) im Rahmen des Strafvollzuges. Dieses Ergebnis wird für das deutsche Vollzugsrecht von Art. 104 Abs. 1 S. 2 GG noch einmal ausdrücklich bestätigt³¹. Die genannte Norm des Grundgesetzes ist als Ausfluß des Art. 1 Abs. 1 GG ein materielles Freiheitsrecht und deckt sich weitgehend mit dem Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG).

Unzulässig sind daher die Prügelstrafe³², die Dunkelzelle³³ (einschließlich der unzulänglich beleuchteten Zelle), der Lattenarrest³⁴, aber auch unzureichende hygienische Verhältnisse und mangelhafte Verpflegung³⁵, so

³⁰ Belgien hat die Öffentlichkeit bei der Vollstreckung der Todesstrafe dagegen bis heute beibehalten, vgl. Constant, Manuel Nr. 466 S. 521 f.

Die weiteren, mit diesem Fragenkomplex zusammenhängenden Probleme der Öffentlichkeit sind hier nicht zu behandeln, da der vorliegende Abschnitt nur die Grenzen darstellen will, die dem Strafvollzug selbst durch die Unantastbarkeit der Menschenwürde gezogen sind. Zu der umstrittenen Frage des Verhältnisses der Presse zum Strafvollzug (Unterrichtung der Öffentlichkeit über die neueren Vollzugsmethoden, Gefangenen„interviews“ u. a. m.) vgl. einerseits Cannat a.a.O. S. 97 (sehr zurückhaltend) und andererseits: Belezza Dos Santos a.a.O. S. 183; Dupréel, Revintdrpén Bd. 30 (1959) S. 467; Jescheck, ZStW Bd. 71 (1959) S. 11; Levasseur, SchwZStrafR Bd. 76 (1960) S. 268 bei Anm. 37; Versele, Revintdrpén Bd. 30 (1959) S. 340 (für eine Aufklärung der Öffentlichkeit durch allgemeine [!] Berichte).

³¹ Ähnlich Art. 13 Abs. 4 S. 1 italienische Verfassung, Art. 65 Schw BV. Dagegen behandelt Wigny, Droit constitutionnel Bd. I Nr. 191 f. S. 305, 307 das Problem der Züchtigung nur im Hinblick auf das Grundrecht der körperlichen Unversehrtheit (vgl. dazu unten S. 130) und sieht insofern keine Bedenken gegen die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Züchtigung von Strafgefangenen.

³² Vgl. Ancel, La Protection S. 47; Cuello Calón, Penología S. 252, 454; Ruck, Schweizerisches Staatsrecht S. 265 bei und in Anm. 49; Kern, Grundrechte Bd. II S. 61; Jescheck, in Hugueney-Ancel Bd. II S. 300 bei Anm. 1; Constant, Manuel Nr. 470 S. 524; auch Nr. 31 Minima. Als gerichtliche Strafsanktion (sentence of whipping) wird die Prügelstrafe auch von § 2 Criminal Justice Act verboten; verfassungsrechtliche Bedenken gegen ihre Verwendung im Strafvollzug äußert Elkin, Penal System S. 192 f.

³³ Vgl. Peters, Kriminalpädagogik S. 202; v. Münch a.a.O.; auch Nr. 185 Abs. 2 DVollzO.

³⁴ Vgl. Kern a.a.O.

³⁵ Vgl. Maunz-Durig, GG Art. 104 Randn. 21.

daß eine Kostschmälerung nur in engen Grenzen zulässig ist. Die gelegentliche Zuweisung eines „harten Lagers“ (vgl. Nr. 183 Abs. 5 DVollzO) hat die europäische Menschenrechtskommission dagegen nicht als eine unmenschliche oder degradierende Behandlung (im Sinne des Art. 3 Rom-Konvention) angesehen ³⁶.

Gegen den Eigenwert der menschlichen Person verstößt es auch, den Gefangenen mit unnützen Arbeiten („Scheinarbeiten“) zu beschäftigen ³⁷, denn die Gefängnisarbeit hat heute im Gegensatz zu früheren Auffassungen nicht mehr Strafcharakter. Für Frankreich läßt sich diese moderne Ansicht auf Art. 720 C. p. p. stützen, der mit der Statuierung präziser Arbeitsbedingungen den affliktiven Charakter der Gefängnisarbeit endgültig beseitigt hat ³⁸.

Für den Bereich der erzieherischen Einwirkung auf den Gefangenen endlich ist hervorzuheben, daß selbstverständlich dessen Persönlichkeit nicht „zerbrochen“ werden darf ³⁹. Unzulässig ist daher nicht nur ein allgemeiner Paternalismus ⁴⁰, sondern auch die Vornahme gewisser therapeutischer Eingriffe, die als „ethische Chirurgie“ im Wege der Psychochirurgie, der Psychochemie oder auch nur der Psychotherapie die Persönlichkeitsstruktur des Gefangenen grundlegend ändern sollen ⁴¹. Solche gezielten Veränderungen des Persönlichkeitsgefüges fallen „nicht mehr in den Aufgabenbereich der Erziehung. Erziehung bedeutet Formung und Gestaltung des Betroffenen unter Wahrung seiner Persönlichkeit im Verhältnis der Partnerschaft.“ ⁴²

Im einzelnen drohen hier schwerere Gefahren als bei Durchführung körperlicher Eingriffe ⁴³, und die Freiwilligkeit bei der Entscheidung über die Zulassung psychotherapeutischer Behandlung wird im Hinblick auf das Bestehen des nicht zu umgehenden Autoritätsverhältnisses grundsätzlich zu verneinen sein. Die Abgrenzung solcher Maßnahmen zu der (zulässigen) pädagogischen Behandlung kann sich allerdings nur aus der Zweck- und Zielrichtung ergeben.

Zusammenfassend ist ein humaner, die Würde des Gefangenen achtender Strafvollzug dadurch gekennzeichnet, daß die Strafe allein in dem Freiheits-

³⁶ Entscheidung vom 7. 7. 1959 (Nr. 462/59), Annuaire S. 382–386, 385; übereinstimmend Kern a.a.O.; Weil, European Convention S. 46.

³⁷ Vgl. Cuello Calón, Penología S. 259, 421; Peters a.a.O. S. 202; Forth, JZ 1951 S. 406 bei Anm. 62.

³⁸ Vgl. Germain, Eléments S. 91.

³⁹ Vgl. Bohne, Menschenwürde S. 19 ff.; Münch, Menschenwürde S. 8 bei Anm. 27.

⁴⁰ Vgl. Bruns, GA 1959 S. 228; Tiedemann, Tütenkleben im Gefängnis, F. A. Z. vom 19. 5. 1960 S. 5.

⁴¹ Vgl. Ancel, La Protection S. 49 f.; Vouin-Léauté, Droit pénal S. 594 f.; Delitala, Cahiers Nr. 41 (1957) S. 111; Peters, Kriminalpädagogik S. 284 bei Anm. 542, 288. Die Frage ist eingehend auf dem 1. Internationalen Kongreß für Morbalmedizin in Paris 1955 behandelt worden.

⁴² Peters, Kriminalpädagogik S. 289.

⁴³ Darauf weist in anderem Zusammenhang (für den Strafprozeß) zutreffend Bockelmann, GA 1955 S. 321–335, 335 hin; gegen ihn zu Unrecht Blau, GA 1959 S. 293–305, 302.

entzug liegt und dieser von allen zusätzlichen Leiden frei sein muß⁴⁴. Diese heute fast allgemein vertretene Formel ist allerdings insofern ungenau, als sich zumindest tatsächlich (in gewissem Umfang aber auch rechtlich) als notwendige Folge des Freiheitsentzuges eine begleitende Suspendierung oder Einengung weiterer Grundrechte ergibt⁴⁵.

Nicht in den Bereich unserer Arbeit fällt dagegen die Frage, ob die Einführung oder Beibehaltung der Todesstrafe gegen die Menschenwürde verstößt. Verneinendenfalls muß unfraglich die Exekution ohne zusätzliche Leiden durchgeführt werden, darf also nur die möglichst schnelle Vernichtung der physischen Existenz bedeuten⁴⁶. Zu diesem schwierigen Fragenkomplex sei immerhin darauf hingewiesen, daß sich heute immer mehr Stimmen auf die Menschenwürde berufen⁴⁷.

2. Der Gleichheitsgrundsatz steht als Grundrecht und allgemeines Rechtsprinzip selbständig neben den Freiheitsrechten⁴⁸ und gewährt dem Einzelnen ein subjektiv-öffentliches Recht auf Gleichbehandlung mit anderen in gleicher Lage befindlichen Menschen. Er bindet unstreitig den Strafvollzug ebenso wie jede andere Ausübung staatlicher Gewalt⁴⁹, gilt aber selbstverständlich nur im Verhältnis der Strafgefangenen zueinander⁵⁰.

a) Für das Verfassungsrecht in Deutschland findet sich der allgemeine Gleichheitsgrundsatz in Art. 3 Abs. 1 GG, während die Abs. 2 und 3 als Konkretisierungen im einzelnen die Benachteiligung aus Gründen des Geschlechtes, der Religion, Rasse oder Herkunft verbieten.

In Frankreich ist der Gleichheitssatz seit der Revolution von 1789 unabdingbarer Bestandteil des öffentlichen Rechtes und wesentliche Basis der französischen Demokratie; er ist in den Art. 1 und 6 der Erklärung von

⁴⁴ Vgl. Ancel, La Protection S. 49; Constant, Manuel Nr. 479 S. 537; Dupréel, Revdrpénim Bd. 41 (1960/61) S. 106; Cannat, RSC Bd. 7 (1947) S. 288 und in Réforme S. 17; Maurel, Revpénit Bd. 73 (1949) S. 379; H. Mayer, Strafrecht S. 367; Peters, Kriminalpädagogik S. 202.

⁴⁵ Vgl. Grunau, ZStW Bd. 70 (1958) S. 507; Stree, Deliktsfolgen S. 149; ähnlich Graven, in Hugueney-Ancel Bd. I S. 403.

⁴⁶ Vgl. Ancel, La Protection S. 46.

⁴⁷ Vgl. Arthur Koestler, Albert Camus und Jean Bloch-Michel, Réflexions sur la peine capitale, Paris (Calmann-Lévy) 1957; Nipperdey, Grundrechte Bd. II S. 29; Sax, Grundrechte Bd. III, 2 S. 963. Neueste zusammenfassende Darstellungen: Marc Ancel, La peine de mort dans les pays européens, Straßburg (Europarat, Comité für Kriminalprobleme) 1962; ders., Les doctrines de la défense sociale devant le problème de la peine de mort. RSC Bd. 23 (1963) S. 404–415; Die Frage der Todesstrafe, München (Piper) 1962 (mit Beiträgen von Bockelmann, Süsterhenn, Eb. Schmidt u. a.); Wolf Middendorf, Todesstrafe – Ja oder Nein? Freiburg (Rombach) 1962.

⁴⁸ A. A. Gurny, Diss. S. 38 und wohl auch Ipsen, Grundrechte Bd. II S. 126; wie hier aber die herrschende Meinung, vgl. Esmein, Eléments Bd. 2 S. 568; Hauriou, Droit constitutionnel S. 641; v. Mangoldt-Klein, GG Art. 3 Anm. II 2 S. 192; Maunz-Dürig, GG Art. 1 Randn. 12, Art. 2 Randn. 2; Maunz, Staatsrecht S. 107.

⁴⁹ Vgl. Bouzat, Traité Nr. 328 S. 300 f.; Vouin-Léauté, Droit pénal S. 78; Mittermaier, Gefängniskunde S. 83; v. Münch, JZ 1958 S. 74; BayVerfGH Bd. 10 S. 269–276, 273.

⁵⁰ Vgl. Rinck, JöR n. F. Bd. 10 (1961) S. 319 bei Anm. 13.

1789 niedergelegt⁵¹ und von der Rechtsprechung als allgemeines Rechtsprinzip für zahlreiche Fallgruppen besonders konkretisiert⁵². Er findet sich darüber hinaus noch einmal ausdrücklich in der Präambel der Verfassung von 1946, die – ähnlich wie Art. 3 Abs. 3 GG – jede Unterscheidung nach Rasse, Religion und Glauben verbietet, und in Art. D. 241 Abs. 2 und 3 C. p. p.

aa) Das Gebot des allgemeinen Gleichheitssatzes (Art. 3 Abs. 1 GG, Art. 6 belg. Verf., Art. 4 schw. BV) geht inhaltlich dahin, Gleiches gleich zu behandeln; es hat insofern relativen Charakter, als es die ungleiche Wertung wesentlich ungleicher Tatbestände zuläßt⁵³. Berücksichtigt man, daß der Gleichheitsgrundsatz eine Ausprägung der (formalen) Gerechtigkeit ist, so wird diese Relativität (erst) dann erheblich, wenn die tatsächlichen Gleichheiten oder Ungleichheiten so bedeutsam sind, daß sie von einer am Gerechtigkeitgedanken orientierten Betrachtungsweise beachtet werden müssen. Der Gesetzgeber hat somit eine recht weitgehende Gestaltungsfreiheit, die er erst dann in verfassungswidriger Weise überschreitet, wenn er sachunter mehreren gerechten Lösungen im konkreten Fall die zweckmäßigste zu wählen. Willkür liegt erst vor, wenn sich ein vernünftiger, aus der Natur der Sache des jeweils in Frage stehenden Regelungsbereiches folgender Grund für die differenzierende Lösung nicht finden läßt⁵⁴. Zulässig ist daher etwa – mit den Worten der Erklärung von 1789 – eine „Verschiedenbehandlung nach den Fähigkeiten und Talenten“ (Art. 6).

bb) Hieraus folgt zunächst, daß die Gleichheit nur eine rechtliche (*égalité de droit*), nicht aber auch eine faktische (*égalité de fait*) sein kann⁵⁵: „In der Praxis wirken die Strafen sehr ungleich und erlegen den Betroffenen keineswegs die gleiche Dosis an Leiden auf. Ihre Schwere variiert nach der Persönlichkeit des Verurteilten, seiner sozialen Stellung und seinem Vermögen. Eine Gefängnisstrafe wird einem an ein komfortables Leben Gewöhnten bitter; einem Bettler ohne festen Wohnsitz kann sie eine wahre Wohltat sein.“⁵⁶

⁵¹ „Die Menschen werden frei und mit gleichen Rechten geboren und bleiben es.“ (Art. 1) „Das Gesetz . . . muß für alle gleich sein, sowohl wenn es schützt als auch wenn es straft.“ (Art. 6)

⁵² Vgl. Odent, Contentieux S. 842 ff. mit Nachw.; Vedel, Droit administratif S. 20; Letourneur, EtDoc Heft 5 (1951) S. 27.

⁵³ Vgl. BVerfG 9 S. 201–212, 206; v. Mangoldt-Klein, GG Art. 3 Anm. III 1, 2 c S. 198 ff.; C. E. vom 27. 7. 1928 (Usines Renault), Rec. S. 969; Burdeau, Libertés publiques S. 86. Die französische Rechtsprechung läßt darüber hinaus auch im allgemeinen (öffentlichen) Interesse eine Verschiedenbehandlung zu, dagegen zutreffend Burdeau aa.O. S. 88 und Waline, D. 1951 Chron. S. 661; kritisch auch Colliard, Libertés Nr. 172 S. 160 ff.

⁵⁴ Vgl. BVerfG aa.O.; BVerfG 7 S. 324–330, 329; 11 S. 184–187, 186; Rinck aa.O. S. 273, 280 f.; ebenso das schweizerische Recht: vgl. Germann, Kommentar Allgem. Vorbem. Randn. 24 mit Nachw.; Fleiner-Giacometti, Bundesstaatsrecht S. 406 f.

⁵⁵ Vgl. Esmein aa.O. S. 569; Duguit, Traité Bd. 1 S. 210; Hauriou, Droit constitutionnel S. 638; Vouin-Léauté, Droit pénal S. 539.

⁵⁶ Bouzat, Traité Nr. 318 S. 300; ebenso Vouin-Léauté aa.O. S. 78; Constant, Manuel Nr. 450 S. 506 f.

Innerhalb des Strafvollzuges gibt die heute allgemein gebräuchliche, durch den Menschenwürde gebotene Individualisierung manchen Anlaß zu sachgerechten Differenzierungen (vgl. Art. 4 argent. Ley Penitenciaria).

So verstößt die Gewährung von Vergünstigungen wegen guter Führung oder die verschiedene Unterbringung der Gefangenen mit Rücksicht auf die Art und Schwere der begangenen Tat⁵⁷ ebensowenig gegen den allgemeinen Gleichheitsgrundsatz wie etwa die Berücksichtigung der persönlichen Verhältnisse und Fähigkeiten des einzelnen Gefangenen bei der Zuteilung der Arbeit (Art. D. 101 Abs. 2 C. p. p., § 16 Abs. 2 StGB)⁵⁸.

Auch die Gruppierung der Gefangenen in verschiedene Klassen und ihre Verteilung auf verschiedene Anstaltsarten („Klassifizierung“) finden in der Strukturverschiedenheit der einzelnen Täterpersönlichkeiten nach Alter, Geschlecht, Rückfall, Charakter, geistiger Entwicklung usw. eine sachgerechte Grundlage, wenngleich der Wert der einzelnen Kriterien nicht immer außer Zweifel steht⁵⁹. Sachgemäß, da auf andersartigen Voraussetzungen beruhend, ist auch die Unterstellung nur bestimmter Tätergruppen unter den Erziehungsvollzug⁶⁰ und die Zulassung zu den verschiedenen Stufen bei Progressivvollzug. Bestehen in diesen Fragen gesetzliche (!) Regelungen, so hat der Gefangene aber unmittelbar ein entsprechendes subjektives Recht.

Volle Geltung gewinnt der allgemeine Gleichheitsgrundsatz jedoch wiederum für das wichtige Gebiet der Disziplinarstrafen⁶¹.

b) Dagegen sind die speziellen Differenzierungsverbote des Gleichheitssatzes absolut: Kein Grund kann nach deutschem Verfassungsrecht eine Benachteiligung aus rassistischen oder religiösen Gründen oder wegen der Geburt oder der Herkunft rechtfertigen, und die französische Rechtslehre spricht sich im gleichen Sinne aus⁶². Insoweit soll eben eine Mindestsicherung vor Vermengung persönlicher Eigenschaften mit staatlichen Entscheidungen bewirkt werden. Doch ist auch hier eine Vergleichung der Betroffenen daraufhin notwendig, ob die faktisch bestehenden Unterschiede beachtlich sind oder nicht; es kommt also darauf an, welche „Stoßrichtung“ die einzelne Maßnahme hat.

Auch unter diesem speziellen Gesichtspunkt bestehen daher etwa gegen die Berücksichtigung der persönlichen Verhältnisse und Fähigkeiten im

⁵⁷ Vgl. v. Münch aa.O.

⁵⁸ Vgl. Tiedemann, JR 1962 S. 7.

⁵⁹ Vgl. eingehend Peters, Kriminalpädagogik S. 231 f.; Ancel, Traitement S. 45 ff.; ebenso Leopold, Bewährungshilfe Jg. 9 (1962) S. 90.

⁶⁰ Vgl. Peters aa.O. S. 107 bei Anm. 244.

⁶¹ Vgl. Cuche, Traité S. 531; Rinck aa.O. S. 319 bei Anm. 14. Dagegen gilt das rechtsstaatliche Erfordernis der Tatbestandsbestimmtheit insoweit nicht, vgl. Maunz-Dürig, GG Art. 103 Randn. 116; Germann aa.O. Vorbem. zu Art. 1–100, Randn. 3; zweifelnd aber z. B. Mittermaier, Gefängniskunde S. 119.

⁶² Vgl. Colliard, Libertés Nr. 167 S. 154; Hauriou, Droit constitutionnel S. 639 bei Anm. 2. Zutreffend daher Art. D. 241 Abs. 3 C. p. p. Zum deutschen Recht vgl. (übereinstimmend) v. Mangoldt-Klein, GG Art. 3 Anm. V 1 S. 208 (aber auch V 3 a S. 211) und (einschränkend) Wolff, Verwaltungsrecht I § 33 VI d; Maunz, Staatsrecht S. 109 f.

Strafvollzug keine Bedenken, da die eingewurzelten besonderen Eigenschaften Anhaltspunkte sind, welche die Verwaltung als dem Begriff der Gleichheit immanente Faktoren berücksichtigen darf. Zu berücksichtigen ist ferner, daß unter „Herkunft“ im Sinne des besonderen Gleichheitssatzes gerade nicht die in den eigenen Lebensumständen begründete Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Schicht, sondern nur die von den Vorfahren hergeleitete soziale Verwurzelung zu verstehen ist ⁶³.

c) Der Geschlechtergleichheit kommt dagegen für den Strafvollzug überhaupt keine besondere Bedeutung zu.

Niedergelegt in Art. 3 Abs. 2 GG bzw. in der Präambel der französischen Verfassung von 1946, ist dieser dem Strafvollzug eher schädliche als nützliche Grundsatz zwar auch ein konkretes, absolutes Verbot jeder Differenzierung bzw. Benachteiligung. Doch bedeutet Gleichberechtigung nicht schlechthin Gleichbehandlung: eine vollständig übereinstimmende Behandlung von Mann und Frau durch die staatliche Gewalt würde jedenfalls insoweit dem Rechtsprinzip widersprechen, als rechtlich wesentliche biologische Verschiedenheiten unberücksichtigt gelassen würden. Es soll nicht eine absolute und formale, sondern eine (insofern) relative, die funktionalen Unterschiede der Geschlechter beachtende sinngemäße Gleichheit bestehen ⁶⁴.

Heute ist der Frauenvollzug noch weitgehend an dem Muster des Männervollzugs ausgerichtet, doch sollte sich der natürliche Unterschied der Geschlechter nicht nur in einer äußeren Trennung von Männern und Frauen (vgl. Nr. 8 Minima, Nr. 3 S. 2 DVollzO) zeigen. Die andersartige Struktur der weiblichen Kriminalität und die stärkere Persönlichkeitsverletzung und -verbundenheit der Frau durch bzw. mit ihrem verbrecherischen Handeln verlangen in erhöhtem Maße die Möglichkeit zur Führung eines individuellen Lebens im Strafvollzuge, sollen die Ziele eben dieses Vollzuges erreicht werden ⁶⁵.

Verfassungsrechtlich kann allerdings Art. 3 Abs. 2 GG insoweit nicht als „Verfassungsbefehl“ an den Gesetzgeber angesehen werden, den Strafvollzug in diesem (positiven) Sinne differenzierend zu normieren. Selbst wenn nämlich die Verheißung einer bestimmten Gesetzgebung zum Verfassungsrechtssatz erhoben ist (wie z. B. in Art. 6 Abs. 5 GG), verletzt der Gesetzgeber diesen Auftrag doch erst durch eine Untätigkeit über eine längere Zeit hin ⁶⁶.

⁶³ Vgl. BVerfG 9 S. 129; sachlich übereinstimmend Foth, JZ 1961 S. 405 in Anm. 50.

⁶⁴ Vgl. v. Mangoldt-Klein a.a.O. Anm. IV 6 S. 205; Wolff a.a.O.; BVerfG 6 S. 389-443, 422 und in NJW 1960 S. 1711; OVG Münster DÖV 1958 S. 465; C. E. vom 2. 5. 1959 (dame Viauvoux), Rec. S. 280-282, 281; Fleiner-Giacometti a.a.O. S. 406.

⁶⁵ Vgl. Peters, Kriminalpädagogik S. 272 f. (mit rechtsvergleichenden Literaturhinweisen zum Frauenvollzug S. 272 in Anm. 504); Ann. D. Smith, Women in Prison, London (Stevens) 1962.

⁶⁶ Vgl. BVerwG NJW 1961 S. 696; BVerfG JZ 1959 S. 88 sowie die Nachw. oben S. 71 in Anm. 37.

3. Aus der Würde und Rechtspersönlichkeit des Menschen fließen eine Reihe von Freiheitsrechten, denen die Vorstellung einer geschützten Individualsphäre des Einzelnen zugrunde liegt.

Diese Grundrechte, vom 18. Jahrhundert (und weitgehend noch heute) als dem Menschen als solchem innewohnende Naturrechte aufgefaßt, lassen sich materiell in dem Oberbegriff der *liberté individuelle* oder der freien Entfaltung der Persönlichkeit zusammenfassen⁶⁷.

aa) Zu diesen Freiheitsrechten sind im Laufe des 20. Jahrhunderts als Ausdruck des *status positivus* des Einzelnen soziale Grundrechte (*droits économiques et sociaux*) hinzugekommen, wobei diese insofern naturgemäß eine gewisse Einschränkung jener mit sich bringen, als der Staat nur bei Begrenzung der Freiheit(srechte) des Einzelnen ein Gewährungs- und Verteilungssystem aufstellen kann, das seinen sozialen Verpflichtungen genügt.

Die Bedeutung dieser historisch jungen Grundrechte ist schon für den freien Bürger im modernen Sozialstaat kaum zu überschätzen; sie verstärkt sich weiterhin im Hinblick auf den Gefangenen, da der Entzug der Freiheit und die weitgehende Beschränkung jeder Aktionsmöglichkeit eine erhöhte Pflichtigkeit der staatlichen Gewalt gegenüber dem Einzelnen mit sich bringt: Ist der Staat bereits den Freien gegenüber zum Schutze des Lebens und der Gesundheit allgemein verpflichtet, so gilt dies in besonderem Maße für den Gefangenen, hindert doch der Staat in diesem Fall den Einzelnen durch die Einsperrung gerade daran, eine eng begrenzte Räumlichkeit zu verlassen, für Kleidung und Ernährung zu sorgen, einen Arzt aufzusuchen usw.⁶⁸.

Die Rechtsstellung des Gefangenen ist daher in besonderer Weise dadurch gekennzeichnet, daß die Freiheitsrechte eng mit sozialen Forderungsrechten verbunden sind, ja zum Teil sogar in solche umgewandelt werden. Dieses Phänomen dürfte auch Karl Peters dazu veranlaßt haben, die Kommentierung des Art. 2 Abs. 1 GG durch die staatsrechtliche Literatur als auffallend inhaltsleer zu bezeichnen⁶⁹.

⁶⁷ Vgl. Perrier, Diss. S. 36. Damit soll für das deutsche Recht nicht die Streitfrage entschieden werden, ob Art. 2 Abs. 1 GG ein sog. Mutter- oder Hauptgrundrecht darstellt (vgl. dazu BGH DVBl 1953 S. 471–474, 472; Maunz-Dürig, GG Art. 1 Randn. 11, Art. 2 Abs. 1 Randn. 7, 8).

⁶⁸ Vgl. H. Mayer, Strafrecht S. 368; Mittermaier, Gefängniskunde S. 111; Kitzinger, GA Bd. 65 (1917) S. 204; OLG Hamburg, MDR 1955 S. 111–112, 111; R. Mayer, NJW 1962 S. 1430; Tiedemann, NJW 1962 S. 1760 f.; Pédamon, RSC Bd. 21 (1961) S. 486, 495; C. E. vom 28. 1. 1955 (Sieurs Aubrun et Villechenoux et dame Baudet) Rec. S. 50 f.; vom 6. 6. 1947 (Union catholique des hommes du diocèse de Versailles), Rec. S. 250 f.

⁶⁹ Kriminalpädagogik S. 107 in Anm. 243. Dieser Bemerkung kann, wie sich aus dem Vorhergehenden ergibt, für den Status des freien Bürgers nach herkömmlicher Auffassung nur beschränkt zugestimmt werden, ist doch Art. 2 Abs. 1 GG gerade wesentlicher Ausdruck des Abwehrrechtes des Einzelnen gegenüber dem Staat, wie sich auch aus dem Schrankensystem der Vorschrift ergibt. – Die Konversion der Abwehrrechte in Leistungsrechte wird allerdings auch für den Status des Freien von Burdeau, Droit constitutionnel S. 65 f. betont. Auch im deutschen Recht wird sie für einzelne Freiheitsrechte hervorgehoben, vgl. z. B. für Art. 6 GG: BVerfG 6 S. 55–84, 71 ff.; 6 S. 386–389, 388. Zu Art. 2 Abs. 1 GG wie hier z. B. Bachof, JZ 1962 S. 400; OVG Münster DÖV 1958 S. 465; BayVerfGH DVBl 1962 S. 638.

Steht so eine umfassende Verpflichtung des Staates zum Schutze des Gefangenen rechtlich außer Zweifel, bleibt doch fraglich, ob der Einzelne über das ihm derart gewährte Recht verfügen, sich also gegebenenfalls seiner Ausübung auch enthalten kann – was praktisch auf die Frage hinausläuft, ob der Gefangene Fürsorgemaßnahmen des Staats zurückweisen kann. Man wird das trotz einiger rechtstheoretischer Bedenken für die wesentlichen Rechtsgüter des Gefangenen verneinen müssen, da der Staat durch die besondere zwangsweise Unterwerfung des Einzelnen unter seine Gewalt auch eine erhöhte Verantwortung übernimmt.

In jedem Fall aber rechtfertigt die enge Verknüpfung der Freiheitsrechte mit den sozialen Grundrechten für das Gefangenschaftsverhältnis methodisch ihre gleichzeitige Darstellung im vorliegenden Abschnitt.

bb) Terminologisch ist weiter auf die vielfachen Einteilungsmöglichkeiten der Grundrechte hinzuweisen. Neben der allgemeinen Aufgliederung in Menschen- und Bürgerrechte findet sich besonders im französischen Rechtskreis meist die Aufteilung in politische, zivile und soziale Rechte⁷⁰. Nach Prélôt ist dabei (im Anschluß an Pellegrino Rossi) außer den politischen Rechten im Sinne einer Teilhabe an der öffentlichen Gewalt zwischen zivilen und öffentlichen Rechten in der Weise zu trennen, daß die ersteren als unabhängig von der Gesellschaft existent angesehen werden, während die letzteren in ihrer vollen Entwicklung nur im sozialen Staat denkbar sind⁷¹. Ähnlich scheidet Colliard zwischen Fundamentalfreiheiten der menschlichen Persönlichkeit und überindividuellen (abgeleiteten) Rechten⁷².

Gesicherter Bestand der deutschen und schweizerischen Rechtslehre ist demgegenüber die Aufteilung in: Freiheitsrechte als Ausdruck der Abwehrstellung gegenüber dem Staat (status negativus vel libertatis), soziale Grundrechte als positive Leistungs- und Forderungsrechte gegenüber dem Staat (status positivus), politische Grundrechte als staatsbürgerlich-tätige Mitwirkung an der staatlichen Willensbildung (status activus)⁷³.

Da sich diese letztere Einteilung trotz der großen Uneinheitlichkeit in der Systematisierung der Grundrechte im französischen Recht auch dort in gewisser Weise widerspiegelt, wird unter Übergehung des Gegensatzes von angeblich individuellen und gemeinschaftsbedingten Grundrechten im folgenden die Gesamtheit der sozialen und freiheitlichen Rechte nach Wert- und Sachkomplexen dargestellt, wie sie im Strafvollzug besonders erheblich werden. Getrennt werden lediglich die politischen Grundrechte und die in der Verfassung zum Teil nur mittelbar enthaltene bürgerlichrechtliche Rechtsstellung des Gefangenen behandelt.

cc) Die generelle Einschränkung insbesondere der Freiheitsrechte ergibt sich, wie bereits dargelegt, aus den vielschichtigen Gründen der Sicher-

⁷⁰ Vgl. die eingehende Übersicht bei Colliard, *Libertés* Nr. 173 S. 163 f.

⁷¹ *Institutions politiques* Nr. 33 S. 55 f.

⁷² A.a.O. Nr. 175 S. 164 f.

⁷³ Vgl. v. Mangoldt-Klein, GG Vorbem. B V 2 S. 98, B X S. 104 ff.; Maunz, Staatsrecht S. 83; Maunz-Dürig, GG Art. 38 Randn. 31; Ruck, Schweizerisches Staatsrecht S. 85, 89, 96. Ähnlich für das belgische Recht Wigny, *Droit constitutionnel* Bd. I Nr. 146 S. 259 f.

heit und Ordnung in der Strafanstalt, aus der Sachgewalt (Hausrecht) und aus dem unmittelbaren Ziel des Erziehungsvollzuges⁷⁴.

Dabei durchzieht ein mehr rechtlich als praktisch bedeutsamer Unterschied das gesamte Gebiet der Grundrechte im Gefangenschaftsverhältnis: Es kann zunächst eine bloß tatsächliche Einschränkung der Rechtsausübung vorliegen; daneben ist aber auch eine echte juristische Beschränkung des in Frage stehenden Rechts möglich⁷⁵. Während die erstere keiner besonderen Rechtfertigung bedarf, soweit es sich um notwendig aus der Natur des faktischen Verlustes der Freiheit folgende Einengungen handelt, bedarf die letztere jedenfalls nach deutscher Auffassung einer dogmatischen Begründung.

Spricht im Rechtsstaat eine allgemeine Vermutung für die Freiheit, so gilt auch im Strafvollzug eine Vermutung zugunsten der Beibehaltung und Ausübbarkeit der Rechte; das ergibt sich eindeutig aus dem oben S. 120 f. umschriebenen Ausgangspunkt der modernen Freiheitsstrafe und ist nachdrücklich besonders für das deutsche⁷⁶ und schweizerische⁷⁷ sowie für das italienische⁷⁸ Vollzugsrecht hervorgehoben worden. Dies gilt gleichermaßen für solche Rechte, die in engem Zusammenhang mit dem täglichen Ablauf des Vollzuges stehen, wie für solche, die von ihm in der Regel nicht berührt werden.

Gleichwohl ist zu bedenken, daß eine Vielzahl von „Rechten“ in Wahrheit nur rein tatsächlich gewährte Möglichkeiten darstellen – ein Unterschied, der besonders für diejenigen Rechtssysteme praktisch wird, die eine richterliche Kontrolle des Vollzuges kennen. Es handelt sich hier nach deutscher Terminologie um Rechtsreflexe, die allgemein dann vorliegen, wenn eine Norm nicht (zumindest auch) im Interesse des Einzelnen erlassen ist. Diese Umschreibung erscheint jedoch für das Strafvollzugsrecht insofern unbrauchbar, als auf diesem Gebiet so gut wie alle Normen, die das Verhalten des Personals und die Behandlung der Gefangenen regeln, letztlich auch dem Individualinteresse des Gefangenen zugute kommen sollen⁷⁹. Es

⁷⁴ So hat OLG Hamburg vom 30. 10. 1961 (VAs 42/61) bei Altenhain, JVB 1962 S. 200 entschieden, daß die Strafvollzugsbehörde wegen ihrer erzieherischen Aufgaben berechtigt ist, ein Anliegen, das ein Gefangener in ungehörigem Ton vorbringt, sachlich nicht zu bescheiden, sondern als unzulässig zurückzuweisen. Zu dem Verhältnis von Erziehung und Begründungszwang bei der Ablehnung von Anträgen vgl. Cannat, RSC Bd. 23 (1963) S. 366 f.

⁷⁵ Vgl. zu dieser rechtstheoretisch bedeutsamen Unterscheidung bereits oben S. 121; ferner: Perrier, Diss. S. 30; Vernet, *Respect de la personne humaine* S. 10, 12 f.; Massari, *Rivdirpenit* Bd. 1 (1930) S. 9; Jacobi, *ZStW* Bd. 50 (1930) S. 398; Spannagel, Diss. S. 104 f.

⁷⁶ Vgl. Spannagel, Diss. S. 22 bei Anm. 94 mit Nachw.

⁷⁷ Vgl. Clerc, Diskussionsäußerung auf der Sitzung des europäischen Unterkomitees vom 23./24. 6. 1959.

⁷⁸ Vgl. Sabatini, *Trattato* S. 427.

⁷⁹ Das übersehen OLG Bremen (II AR 149/60) (unveröffentlicht) und Depenbrock, Diss. S. 100 ff.; letzterer will allerdings im Anschluß an die Formulierung bei Wolff, *Verwaltungsrecht* I § 43 III, mit dem (reichlich unbestimmten!) Kriterium helfen, ob der Einzelne sich dem Staat auf die sein Interesse schützende Norm soll berufen können, vgl. Diss. S. 108 ff.

müssen daher aus dem Kreis der Rechte eine Reihe von bloßen Vergünstigungen ausscheiden, welche die Verwaltung jederzeit aus disziplinären und (oder) pädagogischen Erwägungen – selbstverständlich unter Beachtung des Gleichheitsgebotes – rückgängig machen kann. Wertungen sind bei dieser Abgrenzung unvermeidlich. Ein Indiz dürfte die Unterscheidung liefern, daß Rechte aus der gebührenden Achtung der menschlichen Person auf materiellem, moralischem und sozialem Gebiet resultieren, während bloße Vergünstigungen (Rechtsreflexe) sich als Funktion des jeweiligen Vollzugssystems darstellen⁸⁰.

Praktisch wird der aufgezeigte Unterschied dadurch gemindert, daß dem Gefangenen ganz allgemein ein Anspruch darauf zusteht, daß das Personal die einschlägigen Vorschriften, insbesondere auch die Hausordnung beachtet und richtig anwendet⁸¹.

a) Das Recht des Gefangenen über seine physische Person

Die materielle Existenz der Person des Einzelnen ist Voraussetzung für die Zuerkennung von Grundrechten. Mit diesem physischen Dasein sind zugleich unmittelbar eine Reihe elementarer Rechte verknüpft, deren Einschränkung im Strafvollzug entsprechend besonders gewichtiger Gründe bedarf.

aa) Die Fortbewegungs- (und Niederlassungs-) Freiheit, von Rossi treffend als „lokomotorische“ Freiheit („la liberté locomotrice“) bezeichnet, ist unstreitig für den Gefangenen aufgehoben, besteht doch gerade hierin das Wesen der Freiheitsstrafe⁸².

Wie bereits erwähnt, stellt der Entzug dieses wertvollen Rechtsgutes als Strafübel seit der französischen Revolution den eigentlichen Anlaß für die Erreichung der vom Gesetzgeber verfolgten Strafzwecke dar. Die hohe und zugleich elementare Bedeutung dieses Rechtes wird dadurch deutlich, daß es häufig schlechthin als „die Freiheit der Person“ (la liberté individuelle) bezeichnet wird (vgl. Art. 2 Abs. 2 GG, Art. 7 belg. Verf., Art. 1 franz. Verf. vom 3. 9. 1791, Art. 5 Rom-Konvention).

Der Eingriff in dieses Recht wird auch für das deutsche Recht durch Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG ausdrücklich zugelassen, und selbst der lebenslange Freiheitsentzug verstößt nicht gegen die Verfassung (vgl. S. 104 f.). Auch die herangezogenen ausländischen Verfassungen und die Rom-Konvention lassen Freiheitsentzug auf Grund von Gesetz schlechthin zu. Für Deutsch-

⁸⁰ Vgl. Vernet, *Respect de la personne humaine* S. 10; ähnlich allgemein auch Dabin, *Droit subjectif* S. 169; ohne jede Unterscheidung z. B. Cannat, *Revénit* Bd. 77 (1953) S. 217.

⁸¹ Vgl. Vouin-Léauté, *Droit pénal* S. 539 (unter Ableitung aus dem Gleichheitsgrundsatz; Ingold, *Diss.* S. 14; zum deutschen Recht (übereinstimmend) vgl. unten S. 192).

⁸² Vgl. Esmein, *Eléments* Bd. 2 S. 591; Burdeau, *Libertés publiques* S. 145; Köhl, *Diss.* S. 66 bei Anm. 14; Maunz-Dürig, *GG* Art. 2 Abs. 1 Randn. 78 in Anm. 2 (Blatt 2/67), Art. 104 Randn. 4. Zu dem Anspruch des Gefangenen auf Strafunterbrechung bei Haftunfähigkeit vgl. R. Mayer, *NJW* 1962 S. 1430.

land kommt allerdings gem. Art. 104 Abs. 1 GG, der diese Eingriffsberechtigung näher ausgestaltet, nur ein förmliches Gesetz in Frage, und die in ihm vorgeschriebenen Formen müssen beachtet sein.

Fraglich kann gleichwohl erscheinen, ob der Entzug dieses elementaren Rechts vollkommen ist.

Rein tatsächlich muß das im Hinblick auf den progressiven Vollzug, die Benutzung von Gemeinschaftszellen und -arbeitsplätzen und den Außeneinsatz bei der Arbeit sowie auf die Einrichtung halboffener und offener Anstalten selbstverständlich verneint werden. Rechtlich ist diese auflockernde Durchführung des Strafvollzuges jedoch abweichend zu beurteilen: Sie mildert nur aus Erziehungsgründen den von der Verfassung zugelassenen völligen Freiheitsentzug, indem sie den gänzlichen Verlust der Freiheit pädagogisch zum Anlaß nimmt, dieselbe schon vor der Entlassung schrittweise wiederzugeben. Rechtlich werden diese tatsächlichen Vorteile nur in der Form des Normenvollziehungsanspruches des Gefangenen erheblich. „Lockerungen in Richtung Bewegungsfreiheit gewähren nicht Freiheit, sondern modifizieren die Unfreiheit. Alle Versuche, etwa ein Minimum von körperlicher Bewegungsfreiheit anzustreben, bedeuten eine Überstrapazierung des in Art. 2 II 2 genannten Grundrechts.“⁸³ Ein Recht des Gefangenen auf ein solches Minimum an Bewegungsfreiheit entsteht daher (nicht aus verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten, sondern) erst dann, wenn – wie inzwischen in Frankreich geschehen – gesetzliche Normen über Gemeinschaftsvollzug, gelockerten oder offenen Vollzug aufgestellt sind⁸⁴. Es handelt sich alsdann um eine Selbstbeschränkung der staatlichen Strafgewalt. Stellt also der Gesetzgeber etwa den Vollzug auf die Basis der Gemeinschaftshaft und schließt damit die Zellentrennung aus, so verzichtet er auf die in der letzteren Maßnahme liegende Strafverschärfung, so daß bei dem Gefangenen ein subjektives Recht auf ein entsprechendes Minimum an Bewegungsfreiheit entsteht, wie es der Gemeinschaftshaft immanent ist⁸⁵. Bis zu dieser gesetzlichen Normierung des Strafvollzuges besteht in Deutschland auch ein Anspruch auf Verlegung nur bei „wichtigem Grund“ (§ 26 StVollstrO)⁸⁶.

Als äußerste Form des Freiheitsentzuges ist normalerweise die Isolierung des Gefangenen in einer Einzelzelle anzunehmen, wobei jedoch eine ständige Isolierung des Gefangenen gegen seine Natur als menschliches Wesen und damit gegen die Menschenwürde verstoßen würde⁸⁷. Schärfungen des Ent-

⁸³ Baumann, Eb. Schmidt-Festschrift S. 532.

⁸⁴ Zutreffend Baumann a.a.O.; Mouakeh, Diss. S. 44; Novelli, ZStW Bd. 55 (1935) S. 207. Anderes gilt nur, wenn die Inanspruchnahme der Bewegungsfreiheit zugleich die Betätigung eines anderen Grundrechtes, das nicht eingeschränkt ist, bedeutet, wie etwa aus dem Recht auf Gesundheit ein Anspruch auf Spaziergänge an der frischen Luft folgt.

⁸⁵ Vgl. Novelli, Revintdrpn Bd. 14 (1937) S. 586.

⁸⁶ Vgl. OLG Hamburg Hamb. JVB1 1962 S. 41; OLG Celle vom 22. 1. 1962 (3 VAs 1/61) (unveröffentlicht); OLG Bremen vom 5. 8. 1961 bei Altenhain, JVB1 1962 S. 199.

⁸⁷ Vgl. Manzini, Trattato Bd. 3 Nr. 532 S. 83. Dies gilt nicht für den Vollzug der kurzen Freiheitsstrafen („Aufrüttlungsstrafen“). Zu § 22 StGB vgl. unten S. 131 bei und in Anm. 93.

zuges der Bewegungsfreiheit sind z. B. bei Disziplinarverstößen und Fluchtversuchen zulässig; sie erfolgen durch Anwendung von Einzelhaft (auch über längere Zeit), Zwangsjacke und Fesselung – die beiden letzteren sind jedoch nur möglich, „wenn es kein anderes Mittel gibt, den Gefangenen zu bändigen oder ihn zu hindern, Schaden zu verursachen oder sich selbst oder andere zu verletzen“ (Art. D. 172 Abs. 2 C. p. p.)⁸⁸. Zutreffend weist Spannagel noch einmal darauf hin, daß insbesondere das Recht zur Fesselung nicht schon aus dem Freiheitsentzug als solchem abgeleitet werden kann, meint dieser doch nur eine Einschließung des Gefangenen in besondere Anstalten⁸⁹. Richtigerweise sind solche Zwangsrechte jedoch aus dem besonderen Gewaltverhältnis ableitbar.

bb) Das Recht auf Leben und Gesundheit bleibt dagegen vom Strafvollzug rechtlich unangetastet. Die Vorbehaltsschranke des Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG wird daher hier nicht praktisch: Der Strafvollzug darf nicht zur Leibes- oder gar Lebensstrafe werden.

a 1) Rechtlich anerkannt ist das Recht auf Leben und Gesundheit für Deutschland in Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG. Die französischen Verfassungstexte erwähnen es zwar nicht ausdrücklich, setzen es aber als stillschweigendes Axiom der Rechtsordnung voraus⁹⁰. Ausdrücklich geschützt wird dagegen das Recht auf Leben wiederum in Art. 2 Rom-Konvention.

a 2) Im Strafvollzug sind daher gesundheitsschädliche Disziplinar-mittel wie Dunkelzelle, Lattenarrest und Strafstuhl unzulässig⁹¹.

Dagegen stellt die körperliche Züchtigung nicht ohne weiteres eine Gefahr für die Gesundheit dar. Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG schützt jedoch ganz allgemein die körperliche Integrität, und wenn man auch mit einer gelegentlich in der deutschen Strafrechtslehre vertretenen Ansicht dafür halten wollte, die Züchtigung (Jugendlicher!) stelle keine Körperverletzung im Sinne der §§ 223 ff. StGB dar⁹² – und werde damit auch nicht von Art. 2 Abs. 2 S. 1, 104 Abs. 1 S. 2 GG erfaßt –, so verstößt die körperliche Züchtigung Erwachsener, wie sie etwa der englische Criminal Justice Act in eng begrenzten Ausnahmefällen noch zuläßt, jedenfalls gegen die menschliche Würde (vgl. S. 119).

Gesundheitsschädlich ist auch ein längerer Gebrauch der Isolierung des Gefangenen in einer Einzelzelle. Art. D. 167 Abs. 1 C. p. p. begrenzt daher ihren Gebrauch auf höchstens 90 Tage; bedenkllicherweise läßt Nr. 67 Abs. 2

⁸⁸ Darüber hinaus läßt Art. D. 173 „als Vorsichtsmaßnahmen gegen Entweichen“ die Anlegung von Handschellen und Fesseln zu, „wenn die Umstände eine wirk-same Bewachung auf andere Weise nicht zulassen“.

⁸⁹ Diss. S. 93; a. A. Gr. Wolff, Strafvollzug S. 35 f. und Ehrenforth, Rechtsstellung S. 68.

⁹⁰ Vgl. Jean Carbonnier, D. 1947 Jur. S. 508–511, 509 (Urteilsanmerkung) mit Nachw.

⁹¹ Vgl. bereits oben S. 119.

⁹² Vgl. dazu Diethelm Kienapfel, Körperliche Züchtigung und soziale Adäquanz im Strafrecht, Karlsruhe (Müller) 1961, S. 43 ff. mit Nachw.

DVollzO die strenge Einzelhaft – außer bei Zustimmung des Betroffenen – bis zu 3 Jahren zu (ebenso § 22 StGB)⁹³.

Direkte Eingriffe in die körperliche Unversehrtheit durch das Personal sind nur bei Notwehr (und unter Beschränkung auf das unbedingt notwendige Maß) zulässig (vgl. Art. D. 174 Abs. 2 C. p. p., sehr allgemein dagegen nur Nr. 41 DVollzO). Der Gebrauch von Waffen trägt ähnlichen Ausnahmeharakter; Art. 267 Abs. 2 C. p. p. bestimmt daher: „Die Bediensteten dürfen beim Dienst in den Haftträumen nicht bewaffnet sein.“ Entsprechend den Bestimmungen des Gesetzes vom 28. Dezember 1943 läßt Art. D. 175 den Einsatz von Waffen nur zu, „wenn Gewalt oder Tötlichkeiten gegen sie verübt werden oder wenn sie von bewaffneten Personen bedroht werden; wenn der Widerstand derart ist, daß er nur mit Waffengewalt überwunden werden kann“, ferner nach Anruf, wenn die Flucht von Gefangenen nicht anders zu verhindern ist, und schließlich wenn die Verteidigung der Anstalt gegenüber Eindringlingen von außen nicht anders gewährleistet werden kann. All diese Fälle stellen zutreffend begrenzte Ausnahmen dar (ähnlich Art. 37 f. argentin. Ley Penitenciaria; vgl. auch Nr. 192 DVollzO), die sich auf die Grundsätze der Notwehr, der Aufrechterhaltung der Sicherheit und der Sachgewalt (Hausrecht) stützen können.

a 3) Infolge der zwangsweisen Einsperrung des Gefangenen in von der Vollzugsverwaltung bezeichnete Räumlichkeiten und des dadurch erzwungenen Zusammenlebens mit anderen, zum Teil gefährlichen Elementen wird das Abwehrrecht des Gefangenen zu einer sozialen Fürsorge- und Schutzpflicht des strafenden Staates. Die Verletzung dieser Verpflichtung führt zu einem Schadensersatz- oder Aufopferungsanspruch des Gefangenen, da der Gefangene ein Recht auf Pflege und Sicherheit hat⁹⁴. Allerdings knüpfen die französische und die deutsche Rechtsprechung in dieser Hinsicht gleichermaßen den Anspruch an das Vorliegen eines Verschuldens des Personals. Die Ausdehnung der öffentlichrechtlichen Gefährdungshaftung ist vom Conseil d'Etat und vom Bundesgerichtshof für den Fall des Strafgefangenen unabhängig voneinander und mit abweichenden Begründungen abgelehnt worden.

Im französischen Recht schließt die Gefährdungshaftung an Art. 13 der Erklärung von 1789 an, der eine gleiche Verteilung der sozialen Risiken anordnet, und hat u. a. zu der sogen. *théorie du risque professionnel* geführt. Diese Theorie bezog sich zunächst auf die Verletzung von Soldaten und Beamten im Dienst und ist nur allmählich auf andere Personen ausgedehnt worden, und zwar in Fällen, in denen diese Dritten freiwillig oder auf

⁹³ Cannat, RSC Bd. 21 (1961) S. 132, hält mit gutem Grund schon die Dauer von 90 Tagen für „vielleicht etwas zu lang“, ohne daraus allerdings eine einschränkende Auslegung der Vorschrift zu folgern; vgl. auch seine *Réforme* S. 71 f.

⁹⁴ Vgl. Jacobi, ZStW Bd. 50 (1930) S. 401; für das französische Recht vgl. bereits oben S. 47 f. Ein allgemeines Recht auf Sicherheit gewährt auch Art. 5 Abs. 1 Rom-Konvention. Gegen die Orientierung des Aufopferungsanspruches am materiellen subjektiven Recht aber Leisner, VVdStRL H. 20 (1963) S. 190 f., 204 f.

Aufforderung hin für Staatszwecke tätig geworden sind⁹⁵. Die Einbeziehung des Gefangenen in diesen besonderen Personenkreis hat der Conseil d'Etat selbst für den Fall verweigert, daß der Gefangene freiwillig Reinigungsarbeiten in der Strafanstalt durchführt (und insofern immerhin in gewisser Weise zu einer Hilfe für die Verwaltung wird)⁹⁶. Das erscheint insofern nicht folgerichtig, als der Conseil d'Etat die Gefährdungshaftung beispielsweise für die Insassen öffentlicher Krankenhäuser jedenfalls dann schlechthin anerkennt, wenn die Betroffenen selbst bei ihrer Verletzung kein Mitverschulden trifft⁹⁷. Es ist jedoch bekannt, daß sich das höchste Verwaltungsgericht gerade in Fragen des Entschädigungsrechtes in besonderem Maße an Gedanken der Billigkeit als Einzelfallgerechtigkeit und auch an moralischen Gesichtspunkten orientiert.

Aber auch für den verbleibenden Bereich des öffentlichen Haftungsrechts ist streitig, ob der Anspruch des Verletzten (oder der Anspruch der Hinterbliebenen im Falle der Tötung) an die Voraussetzung eines schweren Verschuldens der Vollzugsverwaltung geknüpft ist. Allgemein läßt sich hierzu nur sagen, daß die französische Rechtsprechung das Vorliegen eines schweren Verschuldens verlangt, wenn die Aufgabe der Verwaltung schwierig ist⁹⁸. Ob die Praxis des Strafvollzuges als in diesem Sinne generell schwierig angesehen wird, ist weder der Rechtsprechung noch der Rechtslehre zu entnehmen⁹⁹.

Dagegen führt im deutschen Recht das Institut der Amtshaftung (§ 839 BGB, Art. 34 GG) auch im Falle leichten Verschuldens der Vollzugsverwaltung zur Haftung des Staates (d. h. des betreffenden Landes, da der Vollzug Länderangelegenheit ist).

Daneben kennt das deutsche Recht in dem sogen. Aufopferungsanspruch eine wirksame Grundlage für Entschädigungsforderungen bei Belastung der Rechte und geschützten Interessen des Einzelnen von hoher Hand, wobei zur Entstehung dieses Anspruches notwendig ist, daß dem Einzelnen unter Verletzung des Gleichheitssatzes ein Sonderopfer abverlangt wird¹⁰⁰. Seine Rechtsgrundlage findet der Anspruch in §§ 74, 75 EinlALR, der als Konkretisierung eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes heute in der gesamten Bundesrepublik als Gewohnheitsrecht gilt. Als Unterfall des allgemeinen Aufopferungsanspruches greift nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts-

⁹⁵ Vgl. zusammenfassend Jean Salomon, D. 1961 Jur. S. 353–357, 354 (Urteilsanm. zu C. E. vom 16. 11. 1960 – Commune de Gouloux –, ebda. S. 353); vgl. auch Ipsen, Grundrechte Bd. II S. 131, 191, 196 f. mit Rechtsprechungsnachw. in Anm. 274 auf S. 197; Leisner aa.O. S. 213 ff.; Jaenicke ebda. S. 139 ff.

⁹⁶ Urteil vom 25. 1. 1952 (Vacqué), D. 1952 Jur. S. 580–581 mit krit. Anm. von Morange S. 581 f. = S. 1953. 3. 98; dazu auch Waline, Droit administratif Nr. 1277, 1241.

⁹⁷ Urteil vom 2. 3. 1932 (Beteau), Rec. S. 249.

⁹⁸ Vgl. Odent, Contentieux S. 672.

⁹⁹ Vgl. Odent aa.O. S. 670 ff.

¹⁰⁰ Ipsen aa.O. S. 131 meint, das deutsche Recht ahme mit der Aufstellung dieses Erfordernisses die französische Lehre und Praxis nach. Es dürfte sich aber wohl eher um ein aus der Natur der Sache folgendes allgemeines Kriterium handeln.

hofes im Falle von Vermögensbeschädigungen ein Anspruch aus Enteignung oder enteignungsgleichem Eingriff gem. Art. 14 Abs. 3 GG ein, während der Aufopferungsanspruch im engeren Sinne bei allen übrigen Schädigungen – insbesondere bei Körperschäden – gegeben ist¹⁰¹. Im einzelnen wird die Rechtslage allerdings insofern kompliziert, als einmal die Rechtsprechung sich nicht klar darüber ausspricht, ob die Rechtssphäre des Einzelnen durch einen „Eingriff“ im Sinne eines bewußten und gezielten Aktes beeinträchtigt sein muß oder ob auch (unbeabsichtigte) Nebenwirkungen staatlichen Handelns ausreichen¹⁰², zum andern aber den allgemeinen Aufopferungsanspruch nicht nur bei rechtmäßigen und rechtswidrigen, sondern auch bei schuldhaften hoheitlichen Maßnahmen zuläßt. In der letzteren Frage führt der Bundesgerichtshof aus, wenn schon die (nur) rechtswidrige Auferlegung eines Sonderopfers zu einer Entschädigungspflicht führe, müsse dies erst recht für schuldhafte Maßnahmen gelten¹⁰³.

In der Rechtslehre ist diese Judikatur mit erheblichen Argumenten angegriffen worden. Es wird geltend gemacht, der Begriff der Enteignung – und damit auch der des enteignungsgleichen Eingriffs – setze herkömmlicherweise einen gezielten Eingriff voraus¹⁰⁴. Ferner verwische die *maior ad minus* – Einbeziehung schuldhafter Sonderschädigungen in den Aufopferungsbegriff die gesetzliche Systematik, nach der in solchen Fällen der Amtshaftungsanspruch als Sonderregelung eingreife¹⁰⁵. Diese Kritik erscheint jedoch nicht als durchschlagend. Soweit vorgebracht wird, die Auferlegung eines Sonderopfers müsse von dem handelnden Organwalter beabsichtigt sein oder zumindest „in Rechnung gestellt“ werden¹⁰⁶, ist darauf hinzuweisen, daß es im sozialen Rechtsstaat nicht darauf ankommen kann, ob eine Sonderschädigung des Einzelnen vom Staat gewollt ist oder nicht¹⁰⁷: Die Opferlage des Betroffenen ist von diesem subjektiven Kriterium durchaus unabhängig. Daß andererseits nicht für jede zufällige Schädigung des Einzelnen gehaftet wird, liegt auf der Hand, soll der Staat nicht in „eine große Versicherungsanstalt“ umgedeutet werden¹⁰⁸. Zumindest bei solchen staatlichen Handlungen, die generell eine gewisse Gefährlichkeit in sich

¹⁰¹ Vgl. Friedrich Schack, Der „enteignungsgleiche Eingriff“, JZ 1960 S. 625–627, 626 bei Anm. 21.

¹⁰² Vgl. einerseits BGHZ 16 S. 366–376, 374; 23 S. 157–172, 166 ff. und andererseits BGHZ 23 S. 235–241, 240; 31 S. 1–4, 2.

¹⁰³ Vgl. BGHZ 7 S. 296–299, 298; 13 S. 88–106, 92.

¹⁰⁴ Vgl. Robert Fischer, in: Verhandlungen des 41. Deutschen Juristentages (Berlin 1955), Bd. II Tübingen (Mohr) 1956 S. C 32–68, 43, 52 bei Anm. 45, 66 (Referat); Stree, Deliktsfolgen S. 135 f. Eingehend: Leisner aa.O. S. 190 ff. (u. ö.); Jaenicke aa.O. S. 135 ff.

¹⁰⁵ Vgl. Forsthoff, Verwaltungsrecht § 17, 4 S. 314; v. Mangoldt-Klein, GG Art. 34 Anm. II 12; Kurt Egon von Turegg und Erwin Kraus, Lehrbuch des Verwaltungsrechts. 4. Aufl. Berlin (de Gruyter) 1962 S. 209.

¹⁰⁶ So Stree, Deliktsfolgen S. 135.

¹⁰⁷ So zutreffend Bettermann, Verhandlungen des 41. Deutschen Juristentages aa.O. S. C 82 (Diskussionsbeitrag); Wolff, Verwaltungsrecht I § 66 II c; zustimmend bereits Tiedemann, NJW 1962 S. 1761 bei Anm. 15.

¹⁰⁸ Dies befürchtet z. B. Günter Dürig, Grundfragen des öffentlich-rechtlichen Entschädigungssystems, JZ 1955 S. 521 ff., 523 f., 525.

bergen, erscheint es wenig folgerichtig, allein aus historischen Gründen die Haftung des Staates davon abhängig zu machen, daß der jeweilige Organwalter die Schädigung als möglich erkannt und gebilligt hat. Andererseits ist es überflüssig, insoweit mit Forsthoff¹⁰⁹ als Sondertatbestand der Haftungskategorien eine „Gefährdungshaftung“ einzuführen. Die Ausschließung einer Haftung für reine Zufallsrisikolagen ergibt sich vielmehr aus dem Merkmal der adäquaten Kausalität: Nur eine abstrakt gefährliche hoheitliche Betätigung, die adäquat-kausal zu einer Sonderschädigung führt, ist entschädigungspflichtig. Zu diesem Ergebnis kommt (der Sache nach) auch ein großer Teil der Rechtslehre¹¹⁰. Eine Reihe höchstrichterlicher Urteile weist in die gleiche Richtung; erinnert sei nur an die Entscheidungen über die Schädigung durch Funkenflug der Eisenbahn¹¹¹ und durch Schießübungen der Streitkräfte¹¹², über die Verletzung eines Passanten durch Polizeibeamte bei der Verbrecherverfolgung¹¹³ und über die Schädigung durch ärztliche Zwangsbehandlung¹¹⁴.

Ungerechtfertigt erscheinen auch die aus einer formalen Deutung des Begriffes „enteignungsgleicher Eingriff“ hergeleiteten Bedenken. Es ist bereits wiederholt darauf hingewiesen worden, daß diese Rechtsfigur des Bundesgerichtshofes weder einen Eingriff voraussetzt noch enteignungsgleich ist¹¹⁵. Daher können auch die gegen die Einbeziehung schuldhafter Sonderschädigungen in den allgemeinen Aufopferungsanspruch vorgebrachten Einwände im Ergebnis nicht durchgreifen. Warum der Tatbestand mit Einführung des Verschuldens ein (erheblich) anderer wird und damit die Rechtsähnlichkeit zum Aufopferungstatbestand entfällt¹¹⁶, ist nicht einzusehen. Allerdings trifft es zu, daß in diesem Fall im Hinblick auf § 839 BGB, Art. 34 GG eine Gesetzeslücke nicht vorliegt, so daß der eigentliche Grund für die Anwendung der umstrittenen Rechtsfigur nicht mehr vorliegt. Es ist jedoch zu bedenken, daß auch praeter legem entwickelte Konstruktionen im Laufe der weiteren Rechtsentwicklung nicht unter stetem Rückgriff auf den ihrer Schaffung zugrunde liegenden Interessenkonflikt verwendet werden, wie im Bereiche des Zivilrechts die Beispiele des Vertrages mit Schutzwirkung für

¹⁰⁹ Verwaltungsrecht § 18 S. 315 ff.

¹¹⁰ Vgl. außer Forsthoff a.a.O.: Günther Jaenicke, Gefährdungshaftung im öffentlichen Recht? NJW 1962 S. 97 (Tagungsbericht von Lewalt); Günter Janssen, Gefährdungshaftung im deutschen öffentlichen Recht? NJW 1962 S. 939–945, 942 ff. mit weiteren Nachw. S. 944; Schack a.a.O. S. 627; Wolff, Verwaltungsrecht I § 66 II c; ebenso ausdrücklich OLG Celle DVBl 1960 S. 939 f.; OLG Neustadt MDR 1958 S. 427.

¹¹¹ BGHZ 20 S. 85–88, 86 f.

¹¹² BGH NJW 1962 S. 1439 f.; OLG Celle DVBl 1960 S. 939 f.

¹¹³ BGHZ 20 S. 81–84, 83.

¹¹⁴ BGHZ 20 S. 61–71, 64 ff.; BGH NJW 1962 S. 1053 f., 1766 f.

¹¹⁵ Vgl. Schack a.a.O. S. 625 f.; Wolff, Verwaltungsrecht I § 66 II c. Leisner a.a.O. S. 190 in Anm. 24 weist zutreffend darauf hin, daß bei Körperschäden leichter als bei Vermögensschäden von dem Eingriffserfordernis abgesehen werden kann.

¹¹⁶ Vgl. Forsthoff, Verwaltungsrecht § 17, 4 S. 313; Friedrich Krefz, Zum Verhältnis von Aufopferungsansprüchen und Amtshaftungsansprüchen, DÖV 1955 S. 517–520, 519.

Dritte und der Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß zeigen, und daß weiter eine innere Rechtfertigung fehlt, den durch ein schuldhaftes hoheitliches Handeln Geschädigten in manchem schlechter zu stellen als den, der durch ein rechtmäßiges oder rechtswidrig-schuldloses Verhalten in seiner Rechtssphäre beeinträchtigt ist.

Hinsichtlich der systematischen Bedenken endlich sei an den Vorschlag W. Jellinek's erinnert, Art. 34 GG von seiner privatrechtlichen Grundlage zu lösen und auch rechtswidrig-schuldlose staatliche Schädigungshandlungen unter diese Vorschrift zu subsumieren¹¹⁷. Bedenken könnten sich hiergegen zwar aus Gründen der historisch-subjektiven Auslegungsmethode ergeben, doch herrscht im gesamten öffentlichen Recht eine nachdrückliche Tendenz zur Bevorzugung der objektiv-teleologischen Methode¹¹⁸.

Man wird daher der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes grundsätzlich weder ihre innere Berechtigung noch ihre Folgerichtigkeit absprechen können¹¹⁹. Konkretisiert man sie durch Einführung des Begriffes der adäquaten Kausalität (oder – sachlich weitgehend übereinstimmend – den der Gefährdungshaftung), so dürften sich sachgerechte Ergebnisse zeigen.

Für den Fall des Strafvollzuges wird man den „Eingriff“ bereits in der Einweisung in die Strafanstalt sehen können; diese rechtmäßige staatliche Maßnahme kann zu rechtswidrigen Sonderschädigungen des Einzelnen – wie etwa zu einer Verletzung durch Mitgefangene – führen. Eine solche Schädigung ist auch durch die hoheitliche Einweisung in eine Gefahrenlage adäquat-kausal ausgelöst, da sich unter den Anstaltsinsassen häufig (unerkannt) gefährliche Elemente befinden. Der Bundesgerichtshof hat jedoch in dem von ihm entschiedenen Fall – ein Gefangener wurde von einem an unerkannter paranoider Schizophrenie leidenden Mitgefangenen hinterrücks erschlagen¹²⁰ – entschieden, der Strafvollzug als solcher sei kein „Sonderopfer“ und zwar auch insoweit nicht, als er zwangsläufig Gefahren mit sich bringe¹²¹. Nach der Ansicht des Bundesgerichtshofs müssen alle in Gemein-

¹¹⁷ Vgl. Walter Jellinek, Schadensersatz aus Amtshaftung und Enteignungsentschädigung, JZ 1955 S. 147–149, 149.

¹¹⁸ Vgl. Hamann, GG Einführung I E; Bachof, JZ 1962 S. 351 mit Nachw.; Tiedemann, JR 1962 S. 7 in Anm. 36. Zur Entstehungsgeschichte der hier in Frage stehenden Vorschriften vgl. Leopold Schröder, Amtshaftung und Enteignungsentschädigung, JZ 1955 S. 308–312.

¹¹⁹ Vgl. Hamann, GG Art. 14 Anm. 7; Wolff, Verwaltungsrecht I § 67 I, II.

¹²⁰ Der vom C. E. am 18. 2. 1949 entschiedene ähnliche Fall (in Sachen Pagliano, Rec. S. 87 f.) liegt insofern anders, als dort ein schweres Verschulden der Vollzugsverwaltung vorlag. In dem vom BGH entschiedenen Fall fehlte es dagegen an jedem Verschulden des Vollzugspersonals.

¹²¹ BGHZ 17 S. 172–176, 173; zustimmend Scheuner, zit. nach Salzwedel, AöR Bd. 87 (1962) S. 82–105, 99; wie hier im Ergebnis auch Klaus Vogel, Der Verwaltungsrechtsfall, Berlin und Frankfurt a. M. (Vahlen) 1960, S. 61 (allerdings ohne Auseinandersetzung mit der Judikatur des BGH in dieser Frage). Kritisch Wilke, Zur Haftung des Staates, Frankfurt 1960, S. 61 f.; Leisner aa.O. S. 190 in Anm. 24, 192 in Anm. 32, 207 (der S. 192, 195 auf die „Rechtsverengung“ bei der Aufopferung und auf die nur fallweise mögliche Bestimmung der „Ferne“ des „isolierbar“ und abstrakt gefährlichen, schädigenden Zustandes abhebt, S. 205 aber für den im Text besprochenen Fall das Vorliegen einer solchen Gefahrenlage zugesteht).

schaftshaft befindlichen Gefangenen gleichermaßen als zwangsläufige Folge des Strafvollzuges Unzuträglichkeiten und Gefährdungen, die aus dem zwangsweisen Zusammenleben folgen, als unvermeidbar hinnehmen. Das dem Gefangenen im konkreten Fall auferlegte Opfer habe nicht in seiner Tötung, sondern in dem Umstand bestanden, daß er sich gefallen lassen mußte, mit anderen Gefangenen zusammen eingeschlossen zu werden und damit die sich dadurch allgemein ergebenden Gefahren auf sich zu nehmen¹²². Der Bundesgerichtshof hält dieses Ergebnis für mit „dem vernünftigen Urteil der gerecht und billig Denkenden“ für vereinbar, da sich der Strafgefangene selbst in die Sonderlage des strafweisen Freiheitsentzuges gebracht habe¹²³.

Das Judikat paßt jedoch schwerlich in die übrige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zum Aufopferungsanspruch, insbesondere zu den Impfschädenurteilen¹²⁴; die gleiche Ansicht klingt allerdings auch in einem Urteil vom 13. 2. 1954¹²⁵ an, in dem der Bundesgerichtshof hervorhebt, die Wehrpflicht belaste die Betroffenen mit der gleichen Pflichtigkeit, so daß selbst die Aufopferung des Lebens nicht als Sonderopfer entschädigungspflichtig sei. Zutreffend weist Menger darauf hin, daß der Bundesgerichtshof folgerichtig die Einordnung des Einzelnen in seine staatsbürgerlichen Pflichten als im Interesse des Volksganzen erfolgend ansehen und zu einer grundsätzlichen Gefährdungshaftung kommen müsse¹²⁶.

In einer neueren Entscheidung¹²⁷ hat der Bundesgerichtshof ausdrücklich dahingestellt sein lassen, ob bei Schädigung eines (Untersuchungs-)Gefangenen durch Ansteckung mit Tuberkulose ein Aufopferungsanspruch gegeben sein kann. Die vom Bundesgerichtshof gegebene Begründung – ein Anspruch aus Aufopferung komme nur in Betracht, wenn und soweit für eine erlittene Beeinträchtigung nicht aus anderen Rechtsgründen Entschädigung geleistet wird (in casu: aus § 839 BGB, Art. 34 GG) – steht allerdings in Widerspruch zu den oben S. 133 in Anm. 103 zitierten Entscheidungen des höchsten Zivilgerichts.

¹²² A.a.O. S. 174.

¹²³ A.a.O. S. 175. Vgl. gegenüber diesen moralisierenden Erwägungen die zutreffende Bemerkung von Leisner a.a.O. S. 207: „Die Schädigung kann vor dem Recht nur bestehen, wenn sie und gerade sie vom Gesetzgeber gewollt ist. Dies trifft in der Regel nicht zu: der Gesetzgeber beabsichtigt die . . . Einsperrung, . . . nicht den Zellenmord . . .“.

¹²⁴ BGHZ 9 S. 83–93, 87; NJW 1960 S. 379–380; 29 S. 95–100, 96 ff. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts dürfte der Aufopferungstatbestand dagegen ohne weiteres eingreifen, da das materielle Moment der Schwere, Tragweite und Zumutbarkeit des Eingriffs in Haftschadensfällen wie den hier angesprochenen zu einer Entschädigung zwingt. Zur Divergenz zwischen der Auffassung des BGH und des BVerwG vgl. zuletzt Bachof, JZ 1962 S. 437 mit Nachw.

¹²⁵ BGHZ 20 S. 61–71, 64.

¹²⁶ Christian-Friedrich Menger, Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, VerwArch Bd. 51 (1960) S. 262–275, 271 f.

¹²⁷ BGH NJW 1962 S. 1053 f.; Leitsatz auch S. 1760; MDR 1962 S. 549 f.

a 4) Im einzelnen führt die positive Fürsorgeverpflichtung des Staates zu dem Recht des Gefangenen, in materiellen äußeren Verhältnissen zu leben, wie sie für ein menschliches Dasein unerlässlich sind ¹²⁸.

Diese Verpflichtung bezieht sich zunächst auf die Ausgestaltung der Räumlichkeiten (Zellen und Arbeitsräume), die nicht nur eine bestimmte Mindestgröße haben, sondern auch genügend beleuchtet, geheizt und gelüftet werden müssen (vgl. Nr. 10 f Minima, Art. D. 350 f C. p. p., Nr. 107 DVollzO). Erforderlich sind ferner genügende sanitäre Anlagen (vgl. Nr. 12 Minima), die auf das natürliche Schamgefühl gebührende Rücksicht nehmen. Die nötige Sauberkeit der Räume ist durch die Möglichkeit der Benutzung von Dusch- oder Baderäumen zur Erreichung auch einer persönlichen Sauberkeit der Gefangenen zu ergänzen (vgl. Nr. 13 Minima), und die persönliche Hygiene muß allgemein durch genügende Wasserzufuhr und durch das Vorhandensein der notwendigen Toilettengegenstände gewährleistet sein (vgl. Nr. 15 Minima, Art. D. 357 Abs. 2 C. p. p., Nr. 108 Abs. 2 DVollzO).

Ein solches Leben in einer sauberen und gesunden Umwelt ist zugleich die unerlässliche Grundlage für eine Resozialisierung der Gefangenen.

Die Fürsorge für die Gefangenen erfordert weiter, daß eine zureichende und genügend abwechslungsreiche Nahrung gewährt wird, die den Körper gesund und widerstandsfähig erhält (vgl. Nr. 20 Minima, Art. D. 354 C. p. p., Nr. 99 Abs. 1 DVollzO).

Unzulässig ist die Beschränkung auf trocken Brot und Wasser als Hausstrafe jedenfalls dann, wenn sie einen gewissen Zeitraum überschreitet ¹²⁹. Art. D. 169 Abs. 1 C. p. p. läßt an drei Tagen der Woche die Reichung von Brot, Suppe und Wasser zu, und Nr. 184 Abs. 2 DVollzO schreibt vor, daß der Gefangene bis auf 700 Gramm Brot „und das übliche Getränk in hinreichender Menge“ beschränkt werden kann, wobei auf einen Tag mit Kostschmälerung jeweils ein Tag mit normaler Kost zu folgen hat¹³⁰. Wird von der Strafzelle Gebrauch gemacht, so muß eine laufende Kontrolle durch einen Arzt stattfinden ¹³⁰.

a 5) Diese generellen Verpflichtungen des Staates zur Sorge für Leben und Gesundheit des Gefangenen konkretisieren sich weiter bei Erkrankung des Gefangenen. Dieser hat ein Recht auf Untersuchung und Behandlung durch den Gefängnisarzt, kann dagegen aus Gründen der Ordnung auch auf eigene Kosten nicht einen Arzt frei wählen ¹³¹. Wird eine fachärztliche Behandlung notwendig, so ist der Gefangene in eine Spezial-

¹²⁸ Unstreitig; vgl. Cannat, RSC Bd. 7 (1947) S. 288 und in *Réforme* S. 17; Jacomella, *StrafvSchw* Dez. 1957 S. 20; Feigel, *Diss.* S. 180, 195, 201; Perrier, *Diss.* S. 40 ff.; OLG Hamburg, MDR 1955 S. 111–112, 111 mit Nachw.

¹²⁹ Für generelle Unzulässigkeit aber z. B. Perrier, *Diss.* S. 55.

¹³⁰ Vgl. Cuello Calón, *Penología* S. 454 bei Anm. 2; Perrier, *Diss.* S. 50.

¹³¹ Vgl. Art. D. 380 C. p. p.; Orvain, *Rapport* 1959 S. 45; für das deutsche Recht ebenso OLG München vom 31. 8. 1960 (VAs 1/60) (unveröffentlicht). Entsprechend besteht kein Rechtsanspruch auf eine bestimmte oder vom Gefangenen gewünschte Behandlungsmaßnahme, vgl. die Rechtsprechungsnachweise bei Altenhain, *JVBl* 1962 S. 199 in Anm. 55.

strafanstalt, die über die nötigen Einrichtungen verfügt, oder in ein Krankenhaus zu überführen (vgl. Nr. 22 Abs. 2 Minima, Art. D. 382 C. p. p., Nr. 119 f DVollZO).

Über diese Grundvoraussetzungen für ein menschliches Leben in den Strafanstalten besteht Einigkeit, und sie sind in allen europäischen Vollzugssystemen verwirklicht ¹³².

a 6) Praktisch wichtig ist jedoch auch die Frage, ob der Gefangene die staatliche Fürsorge zurückweisen kann.

Außer Zweifel steht dabei, daß er seine ärztliche Untersuchung bei Eintritt in die Anstalt und spätere Routine- und Kontrolluntersuchungen über sich ergehen lassen muß (vgl. Nr. 24 Minima, Art. D. 285 Abs. 2 C. p. p., Nr. 51 Abs. 1, 52 DVollZO); beides dient sowohl der Klassifizierung (nach geistigen und körperlichen Gebrechen) als auch der (präventiven) Aufrechterhaltung der Ordnung in den Strafanstalten durch Aufdeckung und Behandlung ansteckender Krankheiten. Die Duldungspflicht des Gefangenen entspricht insofern seiner verantwortlichen Gliedstellung in der Zwangsgemeinschaft.

Ferner ist die Zulässigkeit der Zwangsheilung in gewissen Fällen un- zweifelhaft, in denen die Ansteckungsgefahr für die übrigen Gefangenen zur Gesundheitsgefahr werden kann. Diese Fälle sind teilweise bereits in Gesetzen aufgeführt, die auch für den freien Bürger gelten (vgl. § 3 Gesetz zur Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten vom 23. 7. 1953, §§ 32 Abs. 2 S. 1, 36 Abs. 2 S. 1 Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung übertragbarer Krankheiten beim Menschen [Bundesseuchengesetz] vom 18. 7. 1961; Art. L. 273 Code de la santé publique). Dabei kann dahingestellt bleiben, ob man dieses Ergebnis aus der Notwendigkeit der Aufrechterhaltung von Sicherheit und Ordnung in der Anstalt oder aus der Gliedstellung des Gefangenen in der Zwangsgemeinschaft herleiten will.

Übrig bleiben daher im wesentlichen nur die Fälle des Selbstmordversuches, des Hungerstreiks sowie der allgemeinen Zurückweisung ärztlicher Hilfe in pathologischen Fällen. Auch hier sind Präventivmaßnahmen ohne weiteres zulässig ¹³³. – Unrichtig wäre es aber, im übrigen zu argumentieren, die Durchsetzung des staatlichen Strafanspruches setze die Erhaltung der physisch gesunden Existenz des Gefangenen einschließlich seiner Arbeitskraft voraus ¹³⁴. Auch ist es erheblich umstritten, ob der Einzelne generell ein (moralisches) Recht hat, über sein Leben zu verfügen ¹³⁵.

¹³² Vgl. Mittermaier, Gefängniskunde S. 111 ff.; Jacomella a.a.O. S. 22.

¹³³ Vgl. Art. D. 273 Abs. 1: „Die Gefangenen dürfen keinen Gegenstand, kein Medikament und keinen Stoff bei sich behalten, der einen Selbstmordversuch . . . ermöglichen oder erleichtern könnte.“ Ebenso Pédamon, RSC Bd. 21 (1961) S. 471.

¹³⁴ So aber Klemmich, Diss. S. 57; Hanack, Strafrechtliche Zulässigkeit S. 109; dagegen Spannagel, Diss. S. 121 f. Eine Rechtspflicht zur Gesunderhaltung besteht für den Einzelnen dagegen im Soldatenverhältnis, vgl. BDH DOV 1961 S. 309.

¹³⁵ Vgl. Wilhelm Gallas, Strafbares Unterlassen im Fall einer Selbsttötung, JZ 1960 S. 649–655, 652 f.

Regelmäßig ist jedoch durch die Haft das Einsichts- und Entscheidungsvermögen des Gefangenen derart getrübt, daß man ein Handeln der Vollzugsverwaltung im objektiven Interesse des Gefangenen und entsprechend seine mutmaßliche Einwilligung annehmen kann¹³⁶. In der Regel wird ein Selbstmordversuch auch die Ordnung in der Anstalt bedrohen, so daß auch unter diesem Gesichtspunkt ein Eingreifen der Verwaltung gerechtfertigt ist¹³⁷. Letztlich aber läßt folgende Überlegung entsprechende Maßnahmen der Vollzugsverwaltung als verfassungsrechtlich zulässig erscheinen: Das Eingreifen des Vollzugspersonals im Falle eines Selbstmordversuches enthält tatbestandsmäßig eine Nötigung, da der Einzelne in der Freiheit seiner Willensbetätigung beeinträchtigt wird. Diese Nötigung ist aber nicht rechtswidrig, da nicht sozial verwerflich. Da die Rechtswidrigkeit (und entsprechend die Rechtmäßigkeit) aus dem Ganzen der Rechtsordnung heraus beurteilt wird, greift der Gesichtspunkt der (rechtfertigenden) sozialen Adäquanz auch gegenüber dem Verfassungsrecht durch.

Ähnliches gilt für die längere Verweigerung der Nahrungsaufnahme, wenngleich sie selten in geradezu selbstmörderischer Absicht unternommen wird und daher dem im alten Griechenland bekannten und rechtlich geregelten „Selbstmord aus Rache“ nur mit Vorbehalten vergleichbar ist. Problematisch ist auch hier nur der Fall des geistig normalen Gefangenen. Zutreffend lassen Art. D. 390 Abs. 1 C. p. p. und Nr. 193 Abs. 2 DVollzO zumindest bei Lebensgefahr auf Entscheidung und unter Überwachung des Arztes eine Zwangsernährung zu¹³⁸. Eine akute Gefahr tritt nach medizinischen Erkenntnissen freilich erst nach 20–30tägigem Hungerstreik auf (vorausgesetzt, daß der Gefangene wenigstens Wasser zu sich nimmt) bzw. wenn der Gefangene zwei Fünftel seines Gewichtes verloren hat. Weitergehend wird aus Gründen der Fürsorge und (oder) der Ordnung in der Anstalt häufig eine Zwangsernährung schlechthin, also unabhängig von jeder Gefahr für das Leben des Gefangenen bejaht¹³⁹. Diese Ansicht erscheint zutreffend; es ist allgemein anerkannt, daß der Staat etwa bei Selbstmordversuchen jedenfalls dann zwangsweise eingreifen darf, wenn die öffentliche Ordnung gefährdet ist; ebenso gefährdet aber auch ein Hungerstreik generell die Ordnung in der Strafanstalt, da er erfahrungsgemäß nicht geheim bleibt und zu Sympathiemaßnahmen u. a. anreizt. Da dieser Angriff auf die Ordnung der Anstalt durch Unterlassen erfolgt, kann die

¹³⁶ Vgl. Germain, *Éléments* S. 86; Ley, *Revdpréncrim* Bd. 34 (1953/54) S. 487; Klemich, *Diss.* S. 58; Spannagel, *Diss.* S. 123.

¹³⁷ So auch Kern, *Grundrechte* Bd. II S. 55. Zur Begründung kann auch die erhöhte Fürsorgepflicht des Staates im Gefangenschaftsverhältnis herangezogen werden, vgl. bereits oben S. 125; hierauf stützen sich für das allgemeine Gewaltverhältnis auch einige neuere Polizeigesetze der deutschen Bundesländer, vgl. Gallas a.a.O. S. 654 bei Anm. 42 mit Nachw. in Anm. 42. Spannagel, *Diss.* S. 122 bei Anm. 477, will dasselbe Ergebnis durch übergesetzlichen Notstand rechtfertigen.

¹³⁸ Im Ergebnis ebenso Spannagel, *Diss.* S. 123; Marquiset, *Droits naturels* S. 25.

¹³⁹ So: Ley a.a.O. S. 488; Cuello Calón, *Penología* S. 611 f.; Zürcher, in Hafner-Zürcher S. 102; Delius, *Zwangweise Ernährung Gefangener*, LZ Jg. 8 (1914) Sp. 162; Leopold, *Bewährungshilfe* 1962 S. 91.

Verwaltung dieses störende Unterlassen beseitigen, also den Gefangenen zwangsweise ernähren.

Zweifelhaft bleibt die Frage für die Weigerung des Gefangenen, sonstige ärztliche Hilfe in Anspruch zu nehmen. Hier sieht Art. 389 Abs. 2 C. p. p. für chirurgische Eingriffe, „soweit es nicht unmöglich ist“, die Einwilligung des Gefangenen vor, und G e r m a i n will dieses Prinzip auf alle Heilmaßnahmen ausdehnen¹⁴⁰. Diese Ansicht erscheint auch für das deutsche Recht zutreffend; abgesehen von den Fällen einer akuten Lebensgefahr wären solche Eingriffe in die körperliche Unversehrtheit nur auf Grund einer gesetzlichen Regelung möglich (vgl. Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG).

a 7) Einen einschneidenden Eingriff in körperliche Funktionen stellen auch Sterilisation und Kastration dar, die besonders für den Psychopathenvollzug wesentlich werden.

Unhaltbar ist in seiner Allgemeinheit der Satz der Minima-Regeln: „Jede medizinische, chirurgische und psychiatrische Behandlung, die für erforderlich gehalten wird, kann zu diesem Zweck (sc.: der Resozialisierung) angewandt werden.“ (Nr. 62 S. 2)

G e r m a i n ist schlechthin der Ansicht, daß Sterilisation und Kastration als schwere Eingriffe in die physische Integrität des Gefangenen (und in seine Würde) abzulehnen sind, zumal sie als irreparable Maßnahmen auch dem Geist der Hoffnung widersprechen, in dem erzieherische Behandlungen der Gefangenen unternommen werden¹⁴¹. Zugelassen sind solche Maßnahmen dagegen in verschiedenen nordamerikanischen Staaten und in den Ländern Skandinaviens¹⁴². Unabhängig von allen medizinischen Erfolgsaussichten ist jedoch auch für das deutsche Recht davon auszugehen, daß Sterilisation und Kastration als Straf- oder Sicherungsmaßnahmen mit Zwangscharakter nicht in Betracht kommen; sie wären eine unzulässige Leibesstrafe¹⁴³. Stört die Übermäßigkeit des Geschlechtstriebs eines Gefangenen den Ablauf des Vollzuges oder gefährdet sie die eigene Gesundheit, so ist dem Gefangenen notfalls mit Zwang zu begegnen.

Fraglich kann nur sein, ob diese Maßnahmen auf freiwilliger Basis durchgeführt werden können. Hier hängt die Beurteilung ihrer Zulässigkeit vorwiegend von menschlich-moralischen Überlegungen ab. Aber der (mehr

¹⁴⁰ *Eléments* S. 84; ähnlich bereits *Perrier*, *Diss.* S. 59; für das deutsche Recht übereinstimmend *Maunz-Dürig*, GG Art. 2 Abs. 2 Randn. 51. Weitergehend aber z. B. Art. 2 S. 2 argentin. *Ley Penitenciaria*, das eine Einwilligung nur für lebensgefährliche und solche ärztlichen Interventionen vorschreibt, die organische oder funktionelle Veränderungen heraufzuführen geeignet sind; ähnlich weitgehend *Zürcher a.a.O.* S. 103, *Kern a.a.O.* S. 55.

¹⁴¹ *Eléments* S. 87; ebenso *Vouin-Léauté*, *Droit pénal* S. 591 f.

¹⁴² Vgl. *Georg K. Stürup*, *Les délinquants sexuels et leur traitement au Danemark et dans les autres pays scandinaves*, *Revintpolcrim* Nr. 4 (Juli 1953) S. 1-19; *Karl M. Bowman*, *Etude sur la législation en matière sexuelle et sur le traitement des délinquants sexuels aux Etats-Unis d'Amérique*, ebda. S. 20-43.

¹⁴³ Vgl. *Peters*, *Kriminalpädagogik* S. 286; *Kern a.a.O.* S. 60; *Hanack*, *a.a.O.* S. 108; *Plenge*, *MschKrim* Jg. 44 (1961) S. 39; *Maunz*, *Staatsrecht* S. 102; *Delitala*, *Cahiers* Nr. 41 (1957) S. 110 f.

unbewußte) Druck der Strafhaft und die Aussicht auf vorzeitige Entlassung im Falle einer eingetretenen Besserung lassen es doch bereits fraglich erscheinen, ob die erforderliche Freiwilligkeit überhaupt vorliegen kann¹⁴⁴.

Weitere tiefgreifende Maßnahmen – wie Elektroschockbehandlung, Lobotomie u. a. m. –, die zur Persönlichkeitsveränderung führen (können oder sollen), wurden schon oben S. 120 als mit der menschlichen Würde unvereinbar abgelehnt. Wenn es auch grundsätzlich eine Frage individueller Wertung ist, ob die durch den Grundsatz der Menschenwürde gezogene Grenze hier erreicht wird, so werden diese Maßnahmen doch jedenfalls wegen ihres ungewissen Erfolgscharakters zu experimentellen Eingriffen und scheiden mit Rücksicht auf ihre nicht von vornherein zu übersehenden gesundheitlichen und geistigen Auswirkungen aus.

Daß das Gefangenschaftsrechtsverhältnis solche Maßnahmen jedenfalls bei zwangsweiser Durchführung nicht trägt, ist im deutschen und französischen Rechtsdenken gleichermaßen anerkannt¹⁴⁵. Auch hier würde bereits das bloße Ansinnen ihrer freiwilligen Durchführung auf den Gefangenen mit der Aussicht auf Strafverkürzung einen unzulässigen Druck ausüben. Über dieses Bedenken will allerdings Germain hinwegsehen, „wenn die Psychochirurgie mit genügender Sicherheit eine moralisch günstige Wandlung des Kriminellen herbeiführen könnte“¹⁴⁶.

bb) Ein Recht auf Wahrung der körperlichen Intimsphäre besteht im eigentlichen Sinne nicht, wenngleich es als Ausfluß der Unantastbarkeit des menschlichen Körpers ein Grundprinzip des französischen und des deutschen Rechtssystems ist¹⁴⁷. Es überschneidet sich, wollte man es annehmen, mit den Persönlichkeitswerten der Würde, der Ehre und der Körperintegrität. Die Aufrechterhaltung und Erreichung des Zieles des besonderen Gewaltverhältnisses rechtfertigen hier, wenn auch in den Grenzen nur des unbedingt Erforderlichen, zahlreiche Einschränkungen, die sich aus den häufigen ärztlichen Untersuchungen (vgl. Art. D. 276), der körperlichen Durchsuchung (durch Personen gleichen Geschlechts) auf Flucht- und Selbstmordwerkzeuge (vgl. Art. D. 275 C. p. p., Nr. 51 Abs. 1 DVollzO) sowie auf Geld, Schmuck und Wertgegenstände, die der Vorbereitung von Fluchtplänen und der Bestechung des Personals dienen könnten¹⁴⁸.

¹⁴⁴ Vgl. Blau, MschrKrim Jg. 43 (1960) S. 43; wohl anders OLG Hamburg JZ 1963 S. 374 f. mit zust. Anm. Eb. Schmidt. (In casu hatte der Untersuchungsgefangene seine Entmannung aber schon früher ernsthaft betrieben.) Einen Rechtsanspruch des wegen Sittlichkeitsverbrechens verurteilten Gefangenen auf Entmannung verneint OLG Hamm bei Altenhain, JVB1 1962 S. 199.

¹⁴⁵ Vgl. Germain, *Éléments* S. 86; Peters, *Kriminalpädagogik* S. 288 f.

¹⁴⁶ A.a.O. S. 86; ebenso Vouin-Léauté, *Droit pénal* S. 594 f.; vgl. eingehend M. Cappa, *Limite d'application de la psychochirurgie au regard des droits de la personne humaine*, *Revintdésoc* 1952 S. 485 ff.

¹⁴⁷ Vgl. Pédamon, RSC Bd. 21 (1961) S. 468; Maunz-Dürig, GG Art. 1 Randn. 37.

¹⁴⁸ Vgl. Pédamon a.a.O. S. 486 bei Anm. 1, 495; Leopold, *Bewährungshilfe* Jg. 9 (1962) S. 91.

b) Das Recht des Gefangenen über seine materielle Umwelt

aa) Das Grundrecht der Unverletzlichkeit der Wohnung wird für den Gefangenen nicht praktisch, da die Zelle, die er im tatsächlichen Sinne bewohnt, rechtlich nicht in seinem Besitz steht und daher nicht unter den Schutz der Art. 13 GG, Art. 10 belg. Verf., Art. 2 Erklärung von 1789 fällt¹⁴⁹. Der Gefangene ist vielmehr nur Besitzdiener im Sinne der Zivilgesetzbücher.

Die Anstaltsbeamten können daher die Zellen so oft wie erforderlich durchsuchen. Ferner ist die Ausgestaltung des Zelleninneren an die Zustimmung des Anstaltsleiters gebunden, da dieser die Sachgewalt des Staates ausübt. Ein Anspruch des Gefangenen auf angemessene Einrichtung des Raumes folgt aus den genannten Verfassungsbestimmungen nicht¹⁵⁰.

bb) Dagegen bleibt das Grundrecht auf Eigentum, wie es in Art. 14 GG, Art. 11 belg. Verf., Art. 17 Erklärung von 1789 gewährleistet ist, auch im Strafvollzug grundsätzlich erhalten.

a 1) Die Pflicht zur Ablieferung aller Gegenstände bei Eintritt in die Strafanstalt (vgl. Art. D. 273, 318, 335 C. p. p., Nr. 51 Abs. 2 S. 2, 77 Abs. 1 DVollzO) verstößt nicht gegen dieses Grundrecht, da die betreffenden Sachen nur aufbewahrt werden, so daß lediglich eine tatsächliche Ausübungsbeschränkung des Eigentumsinhaltes vorliegt, die als Entziehung des unmittelbaren Besitzes durch die Aufrechterhaltung der Ordnung und den Gleichheitssatz gerechtfertigt ist¹⁵¹.

a 2) Die Strafvollzugsordnungen haben der Garantie des Eigentums der Gefangenen seit langem durch eingehende Vorschriften zur Einrichtung und gewissenhaften Führung von Inventaren und Registern minutiöse Beachtung geschenkt¹⁵².

Hat die Vollzugsverwaltung die Habe des Gefangenen in Besitz genommen, so haftet sie bei Unmöglichkeit der Herausgabe und bei Beschädigung im Falle von Verschulden auf Schadensersatz. Diese Rechtsfolge ergibt sich für das deutsche Recht aus den Grundsätzen des öffentlichrechtlichen Verwahrungsverhältnisses, das bei zwangsweiser Vereinnahmung von Sachen

¹⁴⁹ Vgl. Perrier, Diss. S. 110; Frosch, Diss. S. 42.

¹⁵⁰ Vgl. v. Mangoldt-Klein, GG Art. 13 Anm. II 2 S. 400.

¹⁵¹ Vgl. OLG Hamburg NJW 1963 S. 1789–1791, 1790. – Die französische Rechtslehre behandelt das Eigentumsrecht allgemein bei der zivilrechtlichen Stellung des Gefangenen; ebenso Spannagel, Diss. S. 107. Die nachdrückliche verfassungsrechtliche Gewährleistung dieses wichtigsten zivilen Rechts rechtfertigt jedoch seine Behandlung bei den Verfassungsrechten. In der deutschen Rechtslehre ist teilweise unklar, ob Art. 14 GG ein Grundrecht oder (nur) eine Einrichtungsgarantie darstelle, doch kommt die herrschende Meinung zutreffend zu der Annahme, daß auch ein subjektiv-öffentliches Recht vorliegt, vgl. v. Mangoldt-Klein, GG Art. 14 Anm. II 6 a S. 416; Maunz-Dürig, GG Art. 1 Randn. 89. Dagegen schützen Art. 2, 17 Erklärung 1789 unstreitig das Eigentum auch als Grundrecht, vgl. Colliard, Libertés Nr. 455 S. 464, Nr. 457 S. 466. Daß zu dem subjektiven Eigentumsrecht auch der Besitz gehört, spricht dagegen wiederum nur die deutsche Rechtslehre nachdrücklich aus, vgl. v. Mangoldt-Klein a.a.O. Anm. III 1 b S. 424 mit Nachw.; zur Verfügungsbeschränkung vgl. unten S. 176.

¹⁵² Vgl. bereits Art. 9 Ordonnance Criminelle von 1679.

durch eine Verwaltungsstelle im Verhältnis zum Betroffenen entsteht¹⁵³. Ähnlich hat die französische Verwaltungsrechtsprechung entschieden, daß die Vorschriften über Abnahme und Aufbewahrung der Habe zugleich die Ordnung in der Strafanstalt und die Interessen der Gefangenen schütze; ihre Nichteinhaltung stelle ein schweres Verschulden dar, das die Staatshaftung begründe.

a 3) Grundsätzlich erfaßt der Herausgabeanspruch des Gefangenen bei Entlassung alle Gegenstände, an denen er vor und während der Gefangenschaft Eigentum erworben hat und die im Besitz der Vollzugsverwaltung sind. Das gilt auch z. B. für Zeitschriften, die der Gefangene mit Erlaubnis der Verwaltung bezogen und an denen er nach bürgerlichem Recht Eigentum erworben hat. „Aus Ordnungsgründen im allgemeinen vertretbar“ erscheint zwar die Pflicht zur Ablieferung solcher Schriften nach ihrer Lektüre, nicht aber die Verweigerung ihrer Herausgabe nach Strafablauf¹⁵⁴.

Im Rahmen seiner Arbeitspflicht erwirbt der Gefangene dagegen kein Eigentum an den von ihm hergestellten Gegenständen, da er nicht Hersteller im Sinne der Zivilgesetzbücher ist, wird er doch nach Anweisung und im Auftrag der Vollzugsverwaltung tätig¹⁵⁵. Anders steht es mit den Gegenständen, die der Gefangene verbotswidrig (z. B. während der ihm gelassenen Selbstbeschäftigung) hergestellt hat. Zwar erwirbt er, auch wenn es sich um Material der Anstalt handelt, an den Produkten zivilrechtlich originäres Eigentum (vgl. § 950 BGB, Art. 571 C. c.), sofern der Wert seiner Arbeit den des Ausgangsstoffes übersteigt; sie können jedoch von der Verwaltung eingezogen und vernichtet werden, wenn diese die Erzeugnisse für wertlos hält¹⁵⁶.

c) Das Recht des Gefangenen auf Arbeit

Über die bedeutungsvolle Rolle der Gefängnisarbeit im Erziehungsvollzug besteht seit langem allgemeine Übereinstimmung. Schon Krieggsmann bezeichnete das Problem des Strafvollzuges als das Problem der Gefangenearbeit¹⁵⁷. In der Tat ist diese seit der Einrichtung des Amsterdamer Zuchthauses das wichtigste Erziehungs- und Resozialisierungsmittel, denn „mit der Arbeit ist jedenfalls der erwachsene Mensch am ehesten anzusprechen“¹⁵⁸. Einmütig bestimmen alle modernen Vollzugsordnungen:

¹⁵³ Vgl. BGH NJW 1961 S. 1164; OLG Braunschweig Nds Rpfl 1949 S. 11-13, 13; Wolff, Verwaltungsrecht I § 44 I b 2; speziell für den Strafvollzug: LVG Hamburg vom 16. 1. 1951 (V b VG 1283/50) (unveröffentlicht).

¹⁵⁴ A. A. Werner Gentz, Die praktische Ausgestaltung des Strafvollzuges, in Frede-Grünhut S. 55-101, 93; dagegen aber mit Recht Spannagel, Diss. S. 107.

¹⁵⁵ Vgl. BGHZ Bd. 14 S. 114-122, 117.

¹⁵⁶ Vgl. OLG Bremen JVB1 1961 S. 192 (unter Heranziehung des in § 40 StGB zum Ausdruck kommenden Rechtsgedankens). Zu den verfassungsrechtlichen Schranken der Einziehung vgl. im einzelnen P. Gilsdorf, JZ 1958 S. 641-647, 685-691; Stree, Deliktsfolgen S. 83 ff., 90 ff. – Bedenken gegen die Heranziehung des Verwirkungsgedankens äußert W. Thieme, JZ 1961 S. 301 (Buchbespr.).

¹⁵⁷ Einführung S. 206.

¹⁵⁸ Peters, Kriminalpädagogik S. 222; zustimmend Foth, JZ 1961 S. 405 in Anm. 44; ähnlich Germain, *Éléments* S. 80, 97 f. und Ancel, *Traitement* S. 126.

Arbeit ist die Grundlage eines geordneten und wirksamen Strafvollzuges (so wörtlich Nr. 80 Abs. 1 S. 1 DVollzO); durch den Vollzug soll der Gefangene an Ordnung und Arbeit gewöhnt werden ¹⁵⁹.

a 1) Nach deutschem Recht sind die Zuchthausgefangenen unmittelbar zur Arbeit verpflichtet (§ 15 StGB), während hinsichtlich der Gefängnisgefangenen lediglich die Anstaltsverwaltung zur Einführung des Arbeitszwanges ermächtigt ist (vgl. § 16 Abs. 1 StGB). Der Vollzug hat jedoch von dieser Ermächtigung allgemein Gebrauch gemacht, so daß auch der Gefängnisgefangene rechtlich zu Arbeit verpflichtet ist. Daß dieser Arbeitszwang vom Staat dem Gefangenen in verfassungsrechtlich zulässiger Weise trotz der allgemeinen Berufs- und Arbeitsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) auferlegt werden kann, stellt Art. 12 Abs. 4 GG ausdrücklich klar. Zwangsarbeit stellt die Gefängnisarbeit deshalb dar, weil sie von den Gefangenen unter Androhung von (Disziplinar-)Strafe verlangt wird und die Gefangenen sich nicht freiwillig zur Verfügung gestellt haben ¹⁶⁰.

Für Frankreich bestimmt Art. 720 Abs. 1 C. p. p. mit Gesetzeskraft eine allgemeine Arbeitspflicht aller Strafgefangenen mit Ausnahme der politischen Häftlinge. Zwar schützt auch das französische Verfassungsrecht die Freiheit der Wahl einer Arbeit als fundamentales Grundrecht ¹⁶¹ – daneben kennt es noch die Freiheit des Handels und der Industrie –, doch ist die gesetzliche Statuierung der Arbeitspflicht nach französischer Rechtsauffassung eine hinreichende Rechtfertigung der Grundrechtsbeschränkung ¹⁶².

a 2) Diese Verpflichtung der Strafgefangenen zur Arbeit kann jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, daß ihnen zugleich ein Recht auf Beschäftigung zusteht. Hat für den freien Bürger die Verfassungspräambel von 1946 (entsprechend Art. 26 des ausführlichen Verfassungsentwurfes vom 19. 4. 1946) dieses Recht auf Arbeit als soziales Grundrecht gegenüber dem Staat allgemein statuiert, so besteht für den Strafvollzug seit langem Einigkeit darüber, daß der Gefangene zumindest ein sittliches Recht auf Arbeit hat: Dem Freiheitsentzug noch die Qual aufgezwungener Müßigkeit hinzuzufügen, wäre „ruchlos“ ¹⁶³.

Für das deutsche Recht ergeben aber Wortlaut und Zweck der §§ 15, 16 Abs. 2 StGB auch eindeutig, daß die Gefängnisverwaltung (auch) im Interesse des einzelnen Strafgefangenen zur Beschaffung von Arbeit verpflichtet ist, und die historische Auslegung bestätigt die daraus folgende Annahme, daß dem Gefangenen ein echtes subjektives Recht auf Arbeit zusteht ¹⁶⁴. Allerdings liegt hier wegen der gleichzeitigen Verpflichtung des Gefangenen zur Arbeit ein subjektives Recht vor, über das der Einzelne als Träger nicht im eigentlichen Sinne verfügen kann.

¹⁵⁹ Vgl. Art. 18 Verf. Argentinien (und Art. 54 argent. Ley Penitenciaria); Art. 25 Verf. Uruguay.

¹⁶⁰ Vgl. v. Mangoldt-Klein, GG Art. 12 Anm. VII 4 S. 396 mit Nachw.

¹⁶¹ Vgl. Colliard, Libertés Nr. 430 S. 438; Odent, Contentieux S. 839.

¹⁶² Vgl. Odent aa.O. S. 840.

¹⁶³ Vgl. Krohne, Lehrbuch S. 338; Foth aa.O. S. 401 bei Anm. 6; Mittermaier, Gefängniskunde S. 88; Germain, Eléments S. 93; Pinatel, Traité S. 299.

¹⁶⁴ Eingehend Tiedemann, JR 1962 S. 8 f.

Da für das deutsche Verfassungsrecht aus dem Grundsatz des Sozialstaates (Art. 20 Abs. 1 GG) für den Bürger kein verfassungsmäßiges Recht auf Arbeit fließt, wird man das Recht des Gefangenen nicht als ein solches mit Verfassungsrang bezeichnen können. Entspringt im übrigen dieses Recht auch der Achtung vor der menschlichen Person des Gefangenen, so stellt es doch kein Persönlichkeitsrecht dar¹⁶⁵. Zu bedenken bleibt allerdings, daß das Recht des Gefangenen auf Wahrung der Körperintegrität materiell dazu führt, daß er auch verlangen kann, im Vollbesitz seiner Kräfte zu bleiben und nicht durch Müßigsitzen in eine allgemeine Arbeitsuntauglichkeit zu verfallen; insofern besteht zumindest ein mittelbarer Zusammenhang des Rechtes auf Arbeit mit verfassungsrechtlich geschützten Rechten.

Weniger deutlich spricht der französische Code de procédure pénale den Charakter der Arbeit als subjektives Recht des Gefangenen aus. Gleichwohl hebt Germain hervor, daß es sich hier um ein echtes Recht des Einzelnen handle, das auch nicht im Wege der Disziplinarstrafe entzogen werden könne; diesem subjektiven Recht des Gefangenen stehe eine entsprechende Verpflichtung der Verwaltung zur Arbeitsbeschaffung gegenüber¹⁶⁶.

a 3) Hinsichtlich des Inhaltes dieses subjektiven Rechtes auf Arbeit schreibt das deutsche Recht für den Gefängnisgefangenen vor, die zuzuweisende Arbeit habe den Fähigkeiten und Verhältnissen des Gefangenen in angemessener Weise zu entsprechen. Damit ist nach Wortlaut und historischer Entwicklung des § 16 Abs. 2 StGB eine Berücksichtigung der zufällig in der einzelnen Anstalt bestehenden Verhältnisse ausgeschlossen: Die Beschäftigung des Gefangenen ist nicht auf die in der Anstalt eingeführten Arbeiten beschränkt¹⁶⁷. Der Gefangene hat daher ein subjektives Recht auf eine seinen Fähigkeiten und Verhältnissen objektiv angemessene Beschäftigung, wobei über die Angemessenheit nach herkömmlicher Ansicht die Vollzugsverwaltung nach pflichtgemäßem Ermessen entscheidet¹⁶⁸.

Selbstverständlich bedeutet diese Verpflichtung zur Rücksichtnahme auf die Individualität des Gefangenen nicht, daß die Vollzugsverwaltung ihn

¹⁶⁵ A. A. Cuello Calón, *Penología* S. 418; Colliard, *Libertés* Nr. 426 S. 434. Cuello Calón beruft sich für seine Ansicht jedoch zu Unrecht auf Richard Degen, Bericht auf dem Kongreß für Strafrecht und Gefängniswesen in Prag 1930 (vgl. *Actes du Congrès* S. 27–42, 36 Bd. III).

¹⁶⁶ *Eléments* S. 93; ebenso Cannat, *RSC* Bd. 20 (1960) S. 313; zweifelnd Ancel, *Traitement* S. 127 bei und in Anm. 2; a. A. für das belgische Recht Dupréel, *Revdrpénrim* Bd. 38 (1957/58) S. 175.

¹⁶⁷ Vgl. Foth a.a.O. S. 404 ff.; Tiedemann a.a.O. S. 9 bei Anm. 55; OLG Düsseldorf, *NJW* 1960 S. 1071 f.; a. A. früher Krohne, *Lehrbuch* S. 224 sowie neuerdings Rothaus, *NJW* 1960 S. 1071 (Urteilsanmerkung), wohl auch OLG Saarbrücken, *JBlSaarl* 1960 S. 214 f. = *NJW* 1961 S. 230 f. = *ZStrafvollz* Jg. 10 (1961) S. 61–64 und Schwarz-Dreher, *StGB* § 16 Anm. 2 A; weitere Rechtsprechungsnachweise bei Altenhain, *JVBl* 1961 S. 176, 1962 S. 199.

¹⁶⁸ Wir haben bereits in *JR* 1962 S. 9 in Anm. 56 darauf hingewiesen, daß diese der Praxis sehr entgegenkommende Auffassung dogmatisch kaum haltbar ist, wird doch die „Angemessenheit“ im Verwaltungsrecht allgemein als unbestimmter Rechtsbegriff angesehen, vgl. Ule, *VwGO* § 114 Anm. II 2 S. 389 mit Nachw. Eine sachgerechte Lösung dürfte die Lehre vom Beurteilungsspielraum geben.

in seinem bisherigen Beruf beschäftigen müßte¹⁶⁹. Der Erziehungsgedanke schränkt vielmehr die Rechtsmacht des Gefangenen insofern ein, als dieser nur eine Beschäftigung verlangen kann, die der Resozialisierungsfunktion des Strafvollzugs dient. In diesem Rahmen sind allerdings die geistigen und körperlichen Kräfte des Gefangenen, sein Bildungsgrad, seine Kenntnisse und sein bisheriger Beruf zwingend zu berücksichtigen. Die praktischen Schwierigkeiten, die aus dieser Rechtslage folgen, wird man weder durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit noch durch den der Zumutbarkeit lösen können¹⁷⁰; bei Mangel an angemessener Arbeit ist der Gefangene vielmehr, wenn er nichts anderes verlangt, von Arbeit frei zu lassen. Ihm ist dann die Möglichkeit der Selbstbeschäftigung zuzugestehen, wobei die selbst gewählte Arbeit natürlich mit der Sicherheit und Ordnung in der Anstalt vereinbar sein muß.

Zu Unrecht schreibt daher Nr. 214 Abs. 1 DVollzO vor, daß der Gefängnisgefangene zu den eingeführten Arbeiten verpflichtet ist. Die Vorschrift kehrt damit zu einem System zurück, das bereits durch eine preußische Ministerialverfügung vom 19. 2. 1876 (§ 4 Abs. 2) als mit dem geltenden Recht des Strafgesetzbuches in Widerspruch stehend gekennzeichnet worden ist. Infolge Verstoßes gegen § 16 Abs. 2 StGB ist die Vorschrift daher insoweit nichtig.

Aber auch für den Zuchthausgefangenen ergibt sich entgegen dem ersten Anschein ein Recht darauf, nur mit angemessener Arbeit beschäftigt zu werden¹⁷¹. Zwar läßt sich das schwerlich aus der menschlichen Würde ableiten¹⁷², obwohl bereits v. Buri im Jahr 1871 darauf hingewiesen hat, daß die Berücksichtigung der Fähigkeiten des Gefangenen nichts anderem als der gebotenen Achtung der Persönlichkeit desselben entspringt¹⁷³. Ein entsprechendes Recht des Zuchthausgefangenen ergibt sich jedoch mittelbar über den allgemeinen Normenvollziehungsanspruch desselben daraus, daß auch die Hausordnungen allgemein seinen Fähigkeiten und Verhältnissen Beachtung schenken.

Dagegen sehen Frankreich (vgl. Art. D. 101 Abs. 2 C. p. p.) und die Schweiz (vgl. Art. 37 Abs. 3 S. 2 StGB) die Berücksichtigung der körperlichen und geistigen Kräfte der Gefangenen und ihrer beruflichen Eignung nur im Rahmen des Möglichen vor. Entsprechend der Rechtslage in Deutschland sieht die französische Vorschrift ausdrücklich die Zuweisung der Arbeit als Funktion der Besserungs- und Resozialisierungsaufgabe des Vollzuges. Ein Recht auf Bestimmung einer angemessenen Arbeit durch den Gefange-

¹⁶⁹ Weitergehend Cuello Calón, *Penología* S. 425 bei Anm. 1 mit Nachw. in Anm. 1; Art. 60 argentin. Ley Penitenciaria (für Gefangene mit künstlerischen und intellektuellen Berufen).

¹⁷⁰ So aber Arndt, *NJW* 1960 S. 2041; Depenbrock, *Diss.* S. 139 f.; dagegen zutreffend Foth a.a.O. S. 406 bei und in Anm. 55.

¹⁷¹ A. A. OLG Hamburg vom 14. 2. 1962 (VAs 53/61) bei Altenhain, *JVBl* 1962 S. 199; vgl. auch Altenhain, *JVBl* 1961 S. 117 f.

¹⁷² So aber Depenbrock, *Diss.* S. 139 f.; dagegen auch Foth a.a.O. S. 402 in Anm. 16.

¹⁷³ Über das Strafen-System des Strafgesetzbuchs für den Norddeutschen Bund, *GS Bd. 23* (1871) S. 99–135, 106.

nen nimmt jedoch für das schweizerische Recht *Jacomella* an, wenn die Zahl der eingeführten Arbeiten exzessiv beschränkt ist ¹⁷⁴.

a 4) Ein Gebot der Menschenwürde ist es, den Gefangenen nur mit nützlichen und produktiven Arbeiten zu beschäftigen, die ihn hinreichend ausfüllen ¹⁷⁵. Diese Forderung ist daher nicht nur eine Überlegung der Kriminalpädagogik, wenngleich außer Zweifel steht, daß nur nutzbringende Arbeit echten Erziehungswert hat. Sogen. Schein- und Verlegenheitsarbeiten sowie ganz minderwertige Beschäftigungen wie Tütenkleben, Papierfalten usw. sind in jeder Hinsicht (für normal veranlagte Gefangene) unzulässig.

a 5) Entspricht bereits diese letztere Folgerung weitgehend einer modernen Auffassung, die dem Arbeitszwang keinen Strafcharakter mehr beimißt, so ist die Frage eines Rechtes des Gefangenen auf Entlohnung für seine Arbeit weithin davon abhängig, ob man die Gefängnisarbeit ihres Strafcharakters ganz oder nur teilweise entkleidet ansieht.

Im französischen und auch im deutschsprachigen schweizerischen Schrifttum wird von dem Arbeitslohn als von einem „Pekulium“ (*pécule*) gesprochen, was nur allzu deutlich an das römischrechtliche *peculium* erinnert, das der *pater familias* jederzeit wieder dem Vermögen seines Gewaltunterworfenen entziehen konnte.

Allgemeine Ansicht ist, daß ein privatrechtlicher Arbeitsvertrag zwischen dem Gefangenen und dem strafenden Staat nicht besteht ¹⁷⁶. Diese Rechtslage ergibt sich für Frankreich ausdrücklich aus Art. D. 103 Abs. 2 C. p. p. ¹⁷⁷. Fraglich erscheint auch ein Anspruch des Gefangenen aus dem Grundsatz des Ausgleichs ungerechtfertigter Bereicherung (*enrichissement sans cause*) des Staates. Zur Annahme eines solchen Anspruches könnte man durch die moderne Überlegung kommen, daß die Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe rechtlich auf den Verlust der Freiheit beschränkt ist und nicht zur Vermögensstrafe werden darf. Dagegen kann auch nicht eingewandt werden, der Gefangene habe während der Zeit seiner Gefangenschaft ohnehin seine Arbeitskraft nicht anderweitig verwenden können, denn es kommt nicht auf diese Möglichkeit an: entscheidend ist die Bereicherung des Anspruchsgegners. Gleichwohl ist zu berücksichtigen, daß zu dem Freiheitsentzug die vom Gesetz formell festgelegten Folgen hinzutreten; demgegenüber können so allgemeine Gesichtspunkte wie: jede Arbeit ist ihres Lohnes wert, nicht durchgreifen ¹⁷⁸. Die Bereicherung des Staates hat viel-

¹⁷⁴ A.a.O. S. 25. Feigel, Diss. S. 47 deutet (aus erzieherischen Erwägungen) die Soll- in eine Mußvorschrift um.

¹⁷⁵ Vgl. Art. D. 100 C. p. p. (in wörtlicher Übereinstimmung mit Nr. 71 Abs. 3 Minima): „eine produktive und für die normale Dauer eines Arbeitstages ausreichende Arbeit“; vgl. auch Nr. 81 Abs. 1 S. 2 DVollzO.

¹⁷⁶ Vgl. Germain, *Eléments* S. 93 bei Anm. 18bis; Henrotte, *Revpénit* Bd. 75 (1951) S. 74 mit Nachw.; Dupréel, *Revdpréncrim* Bd. 38 (1957/58) S. 172; Borchers, *BlGefK* Bd. 54 (1921) S. 96; Cuéllaro Calón, *Penología* S. 435.

¹⁷⁷ Anders für Verurteilte, die zum Vollzug in halber Freizeit zugelassen sind, vgl. Art. 723 Abs. 2, D. 103 Abs. 3 C. p. p.

¹⁷⁸ A. A. Borchers a.a.O.; Freudenthal, *ZStW* Bd. 32 (1911) S. 245 und Gefängnisrecht S. 96.

mehr ihren Rechtsgrund in der gesetzlichen Anordnung¹⁷⁹, so daß dahingestellt bleiben kann, ob die Rechtsgrundsätze der ungerechtfertigten Bereicherung direkt oder entsprechend oder nur mit Einschränkungen im öffentlichen Recht anwendbar sind. Allerdings erhält der Gefangene auch in Deutschland eine gewisse Belohnung (vgl. Nr. 96 Abs. 1 DVollzO); aber „der Ertrag der Arbeit fließt in die Staatskasse“ (Nr. 93 Abs. 1 DVollzO). Für das deutsche Recht wird daher ein Rechtsanspruch des Gefangenen auf (angemessene) Entlohnung verneint¹⁸⁰; die tatsächlich gewährten Verdiensteile sind nur Gratifikationen, deren Aushändigungs- und Verteilungsmodus vom Staat frei festgesetzt werden kann. Die Rechtslage in Frankreich und in der Schweiz ist im Hinblick auf Art. 720 Abs. 2, D. 111 f. C. p., Art. 376 SchwStGB nicht anders zu beurteilen¹⁸¹.

Zu berücksichtigen bleibt freilich, daß es in hohem Maße der Resozialisierung dient, die Arbeit des Gefangenen (voll) zu entlohnen (und entsprechende Abzüge für die Reparierung der durch sein Delikt eventuell entstandenen Schäden, für die Unterstützung seiner Familie, als Rücklage für einen neuen Beginn nach der Entlassung und zur Deckung der Kosten des Gefängnisaufenthaltes zu machen). Die Entlohnung würde ferner der allgemeinen, wenn auch nicht unbestrittenen Tendenz zur Verneinung des Strafcharakters der Gefangenearbeit entsprechen. Bereits heute erscheint dieser Strafcharakter im französischen Recht im wesentlichen nur noch in der Tatsache, daß gewisse Kategorien von Gefangenen nicht zur Arbeit verpflichtet

¹⁷⁹ Zu Unrecht verneint Spannagel, Diss. S. 112 das Merkmal der Unmittelbarkeit der Vermögensverschiebung. Für das deutsche Recht ergibt allerdings die gesetzliche Anordnung des Arbeitszwanges und damit der Güterverschiebung noch nicht notwendig den Ausschluß eines Bereicherungsanspruches, da die formelle gesetzliche Anordnung häufig nichts darüber besagt, ob die Güterverschiebung auch materiell gerechtfertigt sein soll. Der historische Strafgesetzgeber ist bei Anordnung des Arbeitszwanges aber unzweifelhaft vom Strafcharakter der Arbeit ausgegangen.

Zum französischen Bereicherungsrecht vgl. Fritz Grauer, Die ungerechtfertigte Bereicherung im französischen Privatrecht, Heidelberg (Winter) 1930, besonders S. 41, 49 ff.

¹⁸⁰ Vgl. Grünhut, in Frede-Grünhut S. 24; Jescheck, in Hugueney-Ancel Bd. II S. 301; Mittermaier, Gefängniskunde S. 94; Gr. Wolff, Strafvollzug S. 42; OLG Hamburg MDR 1963 S. 615; KG NJW 1953 S. 957 f. (mit der Begründung, der Arbeitszwang sei gesetzlicher Bestandteil der schweren Freiheitsstrafen); OLG Frankfurt vom 23. 2. 1962 (1 VAs 2/62) und OLG Hamburg vom 1. 6. 1962 (VAs 22/61) bei Altenhain, JvBl 1962 S. 199. Eingehend: H. Dittrich, Die Arbeitsentlohnung der Strafgefangenen, Diss. Heidelberg 1951; L. Mayer, Der Wert der Gefangenearbeit, Diss. Freiburg 1953; E. Wilkens, Die Arbeitsbelohnung im Strafvollzug, Diss. Hamburg 1952. Bei Anerkennung eines solchen Anspruchs würde es sich jedenfalls nicht um ein verfassungsmäßiges Recht handeln, da es sich nicht um einen Ausfluß des Persönlichkeitsrechtes handelt (a. A. anscheinend Clerc, zit. nach Jacomella a.a.O. S. 26 bei Anm. 1).

¹⁸¹ Vgl. Ancel, Traitement S. 128; Bouzat, Traité Nr. 482 S. 406; Germain, Eléments S. 93; E. Thut, Das Arbeitsprinzip in den Straf- und anderen Anstalten, in: Verhandlungen des Schweizer Vereins für Straf-, Gefängniswesen und Schutzaufsicht, N. F. Heft 24 S. 143 ff., 157; a. A. Henrotte a.a.O.; Vermet, RassStudPenit Bd. 11 (1961) S. 25 (unter Berufung auf die Menschenwürde).

sind (vgl. Art. D. 99 C. p. p.)¹⁸². Schwierige Probleme würden sich allerdings bei voller Entlohnung unter dem Gesichtspunkt des Gleichheitsgrundsatzes ergeben, da nicht alle Gefangenen mit hochwertigen Arbeiten beschäftigt werden können.

a 6) Eine erhebliche Angleichung an das Recht der freien Arbeit hat in Übereinstimmung mit Art. 74 Minima bereits die Regelung der Arbeitsunfälle und Berufskrankheiten gefunden, und in der Tat rechtfertigt der erzieherische oder auch Übelscharakter der Gefangenearbeit auf diesem Gebiet keine Unterscheidungen, da sonst die Freiheitsstrafe zur Leibesstrafe würde. Zugleich ist damit festgestellt, daß der Gefangene nicht zwangsweise mit gefährlichen und gesundheitsschädlichen Arbeiten beschäftigt werden darf und daß weiter die allgemeinen Arbeitsschutzbestimmungen auch für die Gefangenearbeit gelten.

In Frankreich hatte allerdings die Rechtsprechung bis 1946 ständig dahin entschieden, mangels Vorliegen eines Arbeitsvertrages habe der Gefangene keinen Anspruch auf Schadensersatz im Falle eines Arbeitsunfalles, außer wenn ein Verschulden der Verwaltung (oder des Unternehmers) nachgewiesen wurde. Dieser Zustand wurde durch Gesetz vom 30. 10. 1946 über die Verhütung und Wiedergutmachung von Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten (vgl. Art. D. 110 C. p. p.) geändert, und die Verordnung Nr. 49–1585 vom 10. 12. 1949 hat mit einigen Einschränkungen eine Gleichstellung mit dem Recht der freien Arbeiter gebracht; die Einschränkungen entfallen jedoch völlig mit Ende der Haftzeit¹⁸³.

In Deutschland erging bereits im Jahre 1900 das Gesetz betreffend die Unfallfürsorge der Strafgefangenen, das mehrfach verbessert wurde. Während § 3 dieses Gesetzes lediglich einen Höchstbetrag von 300 DM jährlicher Unfallrente festsetzte, sah § 11 Ausführungsverordnung vom 3. 1. 1936 einen Billigkeitszuschlag vor, der widerruflich vom Generalstaatsanwalt gewährt wurde und auf den kein Rechtsanspruch bestand. Da die genannten Beträge weit unter dem Existenzminimum lagen, waren im Hinblick auf Art. 20 Abs. 1 GG, der die Entscheidung der deutschen Verfassung für den Sozialstaat niederlegt, Bedenken vorzubringen, gilt doch das Sozialstaatsprinzip nicht nur im „Sozialrecht“ (Fürsorgewesen, Versorgung, Daseinsvorsorge), sondern in allen Rechtsbereichen. – Wollte man jedoch §§ 11 ff. der Ausführungsverordnung für nichtig erklären, so hätte man dem Strafgefangenen nicht gerade geholfen, da es dann – abgesehen von § 4 Bundessozialhilfegesetz von 1961 – an jeder gesetzlichen Grundlage für einen über § 3 Unfallfürsorgegesetz hinausgehenden Anspruch gefehlt haben würde. Im Wege einer verfassungskonformen Auslegung der Ausführungsverordnung ließ sich jedoch das Ergebnis gewinnen, daß die Bestimmung über die Widerruflichkeit der Billigkeitsentschädigung hinfällig war und der unfallgeschädigte Gefangene ein subjektiv-öffentliches Recht auf Gewährung aus-

¹⁸² Vgl. Germain, *Eléments* S. 91 f.; Orvain, *Rapport* 1959 S. 26; Ancel, *Traitement* S. 127, 130; Khosravi, *Diss.* S. 163; Hiète, *ZStW* Bd. 68 (1956) S. 215; mehr vermittelnd Foth aa.O. S. 401, 405; Mittermaier, *Gefängniskunde* S. 95.

¹⁸³ Vgl. Germain, *Eléments* S. 102.

reichender Fürsorge hatte¹⁸⁴. Eine Verfassungswidrigkeit im Unfallfürsorgegesetz selbst hätte man insofern sehen können, als § 23 Abs. 1 die (auf den vollen Schaden gehende) Haftung des Staates – außer bei Feststellung vorsätzlicher Herbeiführung des Unfalls durch strafgerichtliches Urteil – ausschloß. Doch stimmte diese Regelung mit den Vorschriften überein, die in den §§ 898 Reichsversicherungsordnung, 95 Gewerbeunfallversicherungsgesetz hinsichtlich der Entschädigung bei Arbeitsunfällen freier Arbeiter getroffen worden sind, und den genannten Bestimmungen liegt auch der gleiche Gedanke zugrunde: Der Unternehmer soll ebenso wie die Strafanstalt (bzw. das Land) gegenüber Schadensersatzansprüchen der kraft Gesetzes Versicherten entlastet sein, da sie bereits die Lasten der gesetzlichen Unfallversicherung allein zu tragen haben; weiter soll die Einräumung pauschaler Ersatzansprüche dem Verletzten einen unter Umständen schwierigen Schadensersatzprozeß ersparen¹⁸⁵. Dieser historisch vom Gesetzgeber gewollte Ausschluß der Staatshaftung gegenüber den Strafgefangenen widersprach und widerspricht nicht Art. 34 GG, da der Grundsatz dieser Norm in engen Grenzen Ausnahmen zuläßt¹⁸⁶. Eine solche Ausnahme ist nach der Ansicht des Bundesgerichtshofes hier „im Hinblick auf die Regelung gleichartiger Lebensvorgänge im Bereich der freien Wirtschaft, die der Regelung im Gefangenenunfallfürsorgegesetz entspricht, gerechtfertigt“. Der Gerichtshof kommt daher zu dem Ergebnis: „Daß ein Gefangener aus sozialen Gründen bei einem Arbeitsunfall hinsichtlich der Entschädigung besser gestellt sein müsse als ein freier Arbeiter, kann nicht wohl gefordert werden.“¹⁸⁶ Diese Begründung des deutschen obersten Zivilgerichts erscheint allerdings bedenklich. Es ist zu berücksichtigen, daß im Hinblick auf den rechtlichen Zwang der Strafgefangenen zur Arbeit ein Vergleich mit der freien Wirtschaft nicht unbedingt zwingend ist. So hat auch der Bundesgerichtshof in einem neueren Urteil ausgesprochen, daß bei der Beurteilung der sogen. gefahrgeneigten Arbeit zu bedenken sei, daß die Gefangenen unfreiwillig Arbeit leisten; ein Vergleich mit den in der freien Wirtschaft Tätigen sei daher nicht möglich¹⁸⁷. Andererseits zeigt aber die Rechtsprechung allgemein die Tendenz, Gesetzesnormen nicht wegen Verstoßes gegen das Sozialstaatsprinzip für nichtig zu erklären¹⁸⁸. Diese Neigung der Judikatur dürfte damit zusammenhängen, daß die ganz herrschende Meinung die Sozialstaatsentscheidung des Grundgesetzes als bloßen Befehl an den Gesetzgeber, nicht aber als aktuell und unmittelbar geltendes Recht ansieht¹⁸⁹.

¹⁸⁴ So zutreffend BGHZ 25 S. 231–238, 235 = DVBl 1958 S. 210 f. Zum Rechtszustand in der Schweiz vgl. Victor K u r t, Die Versicherung der Strafgefangenen gegen Arbeitsunfälle, SchwZStrafR. Bd. 67 (1952) S. 466–474, 467 ff. und J a c o m e l l a a.a.O. S. 27 bei Anm. 1.

¹⁸⁵ Vgl. RGZ 136 S. 345–353, 351.

¹⁸⁶ Vgl. BGHZ 9 S. 289–291, 290; 12 S. 89–92, 91; 13 S. 241–243, 242.

¹⁸⁷ BGH NJW 1961 S. 1622.

¹⁸⁸ Vgl. zusammenfassend Alfred H u e c k, Apelt-Festschrift, München und Berlin (Beck) 1958, S. 57–72, 72.

¹⁸⁹ Vgl. v. Mangoldt-K l e i n, GG Art. 20 Anm. VII 2 S. 605 ff.; M a u n z, Staatsrecht S. 63.

Nunmehr stellt § 540 Reichsversicherungsordnung (i. d. Fassung des Gesetzes zur Neuregelung der gesetzlichen Unfallversicherung vom 30. 4. 1963) in Anpassung an moderne Gedanken zum Strafvollzug¹⁹⁰ die Strafgefangenen ausdrücklich den auf Grund eines Arbeits- oder Dienstverhältnisses Beschäftigten gleich. Gem. Art. 4 § 16 Abs. 2 des Unfallversicherungs-Neuregelungsgesetzes sind das Gesetz betreffend die Unfallfürsorge für Gefangene vom 30. 6. 1900 und die Verordnung über die Unfallfürsorge für Gefangene vom 30. 11. 1935 mit Wirkung vom 30. 6. 1963 außer Kraft getreten. Art. 4 § 2 Abs. 2 des Neuregelungsgesetzes unterstellt die bereits nach diesen Vorschriften entstandenen Ansprüche der neuen Regelung.

Mit Wirkung vom 1. 7. 1963 werden daher auch für das Strafvollzugsrechtsverhältnis der Begriff des Arbeitsunfalls sowie Umfang und Art der Ersatzleistungen durch die allgemeinen Bestimmungen der §§ 548 ff., 566 ff. RVO festgelegt.

d) Die intellektuellen und geistigen Freiheitsrechte des Gefangenen

Die Freiheitsentziehung scheint als vorwiegend tatsächliche Maßnahme auf den ersten Blick die komplexen intellektuellen und geistigen Grundrechte des Einzelnen nicht beeinträchtigen zu können, zumal wenn man sich die bereits mehrfach dargelegte Beschränkung des Strafübels auf den Freiheitsentzug vor Augen hält.

Es führen jedoch auch diese mehr inneren Freiheitsrechte bei ihrer konkreten Ausübung zu äußeren Manifestationen, die mit der Ordnung in der Anstalt durchaus kollidieren können; daneben führt die Berücksichtigung der erzieherischen Funktion des Strafvollzuges zu schwierigen Problemen, wenngleich die Anhänger des Erziehungsvollzuges betonen, richtig angewandte Erziehungsgrundsätze könnten niemals einen Verstoß gegen die Grundfreiheiten mit sich bringen.

aa) Ein Recht zum Sprechen findet sich in keinem Verfassungstext, doch ist die Sprache eine der besonderen Eigentümlichkeiten des menschlichen Wesens, und man wird in der Annahme nicht fehlgehen, daß die Freiheitskataloge ein solches Recht als selbstverständlich voraussetzen. Etwas formalistisch läßt sich dieses Grundrecht auch per argumentum a maiore ad minus aus der Gewährleistung der Meinungsäußerungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG, Art. 11 Erklärung von 1789) ableiten.

In der Vergangenheit haben zahlreiche Vollzugsvorschriften versucht, dieses Recht so gut wie völlig zu unterdrücken; nur als eines der zahlreichen Beispiele sei etwa ein (französischer) Erlaß vom 10. 5. 1839 genannt, der in den französischen Zuchthäusern ein absolutes Schweigegebot einführt: „Den Verurteilten ist Schweigen vorgeschrieben. Ihnen ist daher verboten, sich in irgendeinem Teil der Anstalt zu unterhalten, und zwar auch leise oder durch Zeichen.“ (Art. 1)

¹⁹⁰ Vgl. Hans Linthe, Zur Neuregelung der Unfallversicherung, in: Die Betriebskrankenkasse Jg. 51 (1963) Sp. 249–257, 251.

Man mag heute leicht geneigt sein, in solchen Sprechverboten einen Verstoß gegen die Wesenhaftigkeit des Menschen, also gegen die menschliche Würde zu sehen; diesen strengen Verboten lag jedoch die richtige Erkenntnis vom Gemeinschaftscharakter dieses Rechtes zugrunde: Sprechen kann der Gefangene im eigentlichen Sinne nicht mit sich selbst, sondern nur mit den Menschen, die seine Umwelt bilden. Die Unterbindung jeden Kontaktes war aber ein Prinzip, das folgerichtig aus der Vergünstigung des Auburnschen Gemeinschaftssystems abzuleiten war, wobei die für die damalige Zeit durchschlagenden Gründe in der Aufrechterhaltung der Disziplin und in der Vermeidung eines wechselseitig korrumpierenden Einflusses gesehen wurden. Daneben aber sollte das Schweigegebot den Gefangenen auch den Strafcharakter des Freiheitsentzuges möglichst fühlbar machen; so führte noch die Begründung zu dem bereits genannten Erlaß aus: „Selbst wenn das Schweigegebot keine andere Wirkung hätte als die Gefangenschaft möglichst eindringlich fühlbar zu machen, dürfte die Vollzugsverwaltung nicht zögern, es anzuwenden.“

Heute gilt ein strenges Schweigegebot hingegen als „verkehrt“¹⁹¹, wobei solchen Stellungnahmen jedoch wohl mehr pädagogische als unmittelbar rechtliche Bedeutung beizulegen ist. Bereits abgesehen von der rechtlichen Lösung der Frage sollte man aber daran denken, daß sich praktisch ein Verkehr der Gefangenen untereinander nicht ganz unterbinden läßt.

Auch rechtlich verstößt die völlige Isolierung des Menschen gegen seine Eigenart als Gemeinschaftswesen, und man wird annehmen müssen, daß dem Gefangenen zumindest ein eingeschränktes Recht zum Sprechen zukommt¹⁹².

Gleichwohl hält der im übrigen sehr moderne Code de procédure pénale insoweit an einer über 100 Jahre zurückliegenden Auffassung vom Wesen der Freiheitsstrafe und ihrer Durchführung fest und geht in seinem Art. D. 245 Abs. 1 davon aus, daß die Gefangenen Schweigen bewahren müssen, „vorbehaltlich der Ausnahmen, die durch die Erfordernisse des Dienstes oder der Arbeit notwendig werden“; eine weitere Ausnahme gilt nur für „die Zeiten, die nach der Hausordnung der Entspannung, dem Spaziergang und der gemeinsamen Freizeitbeschäftigung dienen“. Mit Recht sieht C a n n a t hierin eine hypokrite Vorschrift, „denn jeder weiß, daß man lebende menschliche Wesen nicht zwingen kann, nie miteinander zu sprechen“¹⁹³. Muß die genannte Vorschrift schon rein praktisch zu einer Quelle der Beobachtung und der Konfliktsituationen werden, die die Atmosphäre vergiften, so ist auch rechtlich die Regel des Art. D. 245 C. p. p. nicht zwingend notwendig, da die Aufrechterhaltung der Sicherheit und Ordnung in der Anstalt (vgl. Art. D. 242) sie nicht verlangt und die Erziehung ihrer nicht bedarf¹⁹⁴. Es kann keine Rede davon sein, daß solche Verbote die tätige und vertrauensvolle Mitarbeit des Einzelnen an seiner eigenen

¹⁹¹ Mittermaier, Gefängniskunde S. 85.

¹⁹² So auch Perrier, Diss. S. 78 f.; Ingold, Diss. S. 22; v. Münch, JZ 1958 S. 74 bei Anm. 25; Elkin, Penal System S. 182.

¹⁹³ RSC Bd. 21 (1961) S. 133; ebenso schon mit Nachdruck in RSC Bd. 6 (1946) S. 327–329, 328 f. und in Réforme S. 88.

¹⁹⁴ Vgl. C a n n a t a.a.O.; E n g h e l a b i, Diss. S. 117; ebenso für das schweizerische Recht (und allgemein) Ingold, Diss. a.a.O.

Erziehung wecken (und eine Rechtsbeeinträchtigung daher nicht vorliegt). Jede Unterhaltung des Gefangenen mit dem Personal oder gar mit seinen Zellennachbarn (in der Gemeinschaftszelle) auf dienstliche und arbeitsbedingte Erfordernisse beschränken zu wollen, ist ebenso unrealistisch wie absurd und stellt eine über die Freiheitsentziehung hinausgehende zusätzliche Qual dar, die den Gefangenen dazu veranlaßt, kleine Tricks zu gebrauchen, zu lügen und zu täuschen.

Daß das Schweigegebot in der Praxis möglicherweise nicht gar so streng gehandhabt wird, ist nicht ein Beweis für die Richtigkeit, sondern für die Verfassungswidrigkeit der Vorschrift.

Haltbar ist daher nur Abs. 2 des Art. D. 245: „Schreien, Singen, lautes Rufen und Lärm aller Art, jede Vereinigung zu einer lauten Gruppe und ganz allgemein alle Einzel- und Kollektivhandlungen, die die Ordnung zu stören geeignet sind, sind dem Gefangenen untersagt.“

Zu Zweifeln gibt auch die Regelung in Deutschland Anlaß. Zwar wird in der geltenden Dienst- und Vollzugsordnung ein Schweigegebot nicht ausdrücklich ausgesprochen, doch läßt Nr. 74 Abs. 2 S. 1 DVollzO Sprechen nur bei gemeinschaftlicher Arbeit und bei Gemeinschaftshaft während der Freizeit zu, und Nr. 74 Abs. 1 verbietet den Gefangenen jeden Verkehr untereinander außer in den Fällen, in denen er ausnahmsweise erlaubt ist. Da das Führen von Gesprächen offensichtlich zu dem Verkehr der Gefangenen untereinander zu zählen ist, gilt nach der Dienst- und Vollzugsordnung der Sache nach ebenfalls ein Schweigegebot. Da die Verfassung nicht ein (durchlöchertes) Schweigegebot, sondern nur ein (eingeschränktes) Recht zum Sprechen zuläßt, ist Nr. 74 DVollzO insoweit nichtig. Gültig ist dagegen Nr. 74 Abs. 3 DVollzO, der für die Ruhezeit Stillschweigen vorschreibt.

bb) In keiner Weise antastbar ist die Glaubens- und Gewissensfreiheit einschließlich der religiösen und weltanschaulichen Bekenntnisfreiheit (Art. 4 Abs. 1 GG, Art. 14 ff. belg. Verf., Art. 10 Erklärung von 1789, Art. 49 SchwBV).

a 1) Die Glaubens- und Gewissensfreiheit (*liberté de conscience*) besteht darin, in politischer, philosophischer, sozialer und religiöser Hinsicht für wahr halten zu können, was man will¹⁹⁵. Der Einzelne ist daher auch frei, sich über diese Fragen keine Vorstellungen zu machen.

a 2) Allerdings sucht der Erziehungsvollzug gerade auch auf eine etwaige innere Leere sowie auf Fehlvorstellungen des Gefangenen im positiven Sinne ändernd einzuwirken; doch darf gerade hier keine zwangsweise Hinführung des Gefangenen zu den moralischen und sittlichen Wertvorstellungen der Gesellschaft stattfinden oder auch nur versucht werden¹⁹⁶.

a 3) Diese Freiheit des Gefangenen bleibt keine rein innere; sie verlängert sich vielmehr unter dem Schutz der Verfassung(en) zu dem

¹⁹⁵ Vgl. Burdeau, *Libertés* S. 193, 283 f., 193; Colliard, *Libertés publiques* Nr. 274 S. 205; v. Mangoldt-Klein, GG Art. 4 Anm. II 3 S. 216; BVerfG DOV 1961 S. 28.

¹⁹⁶ Vgl. Peters, *Kriminalpädagogik* S. 113.

Recht, seine Überzeugung – insbesondere in religiöser Hinsicht – auch dar-tun und ausüben zu können, wobei sich als notwendigste und augenfälligste gerade die Freiheit der Religionsausübung (Kultusfreiheit) darstellt¹⁹⁷.

Auch hier wird das für den freien Menschen als Abwehrrecht gedachte Grundrecht im Strafvollzug infolge des faktischen Freiheitsentzuges zur positiven Verpflichtung des Staates gegenüber dem Gefangenen: „Er nimmt ihm Möglichkeiten, die er ihm in entsprechender Weise eröffnen muß.“¹⁹⁸ Der Staat hat daher die notwendigen Vorkehrungen zu treffen, damit der einzelne Gefangene seinen Glauben durch Teilnahme an Gottesdiensten und anderen Kulthandlungen betätigen und entfalten kann, sowie den Besuch des Gefangenen durch Geistliche seiner Konfession zu ermöglichen (vgl. Nr. 41 Minima, Art. 140 GG i. V. m. Art. 141 Weim. RVerf., Art. D. 432 ff. C. p. p.). Diese Verpflichtung gilt selbstverständlich auch für Frankreich als laizistischen Staat¹⁹⁹; ist die Religion einem solchen Staatswesen auch ein wesensfremdes Phänomen, so sichert die französische Republik doch schon für den freien Bürger die Religionsausübung nicht nur, sondern „gewährleistet“ sie (vgl. Art. 1 des Trennungsgesetzes vom 9. 12. 1905).

Ist im übrigen die Unterweisung in religiösen Fragen ein wertvolles Resozialisierungsmittel, so darf die Religionsfreiheit dennoch im Strafvollzug nicht dadurch eingeschränkt werden, daß der Gefangene zur Teilnahme am Gottesdienst, kirchlichen Unterricht usw. gezwungen wird²⁰⁰. Bereits der Idee der Religion selbst ist der Zwang zur Teilnahme an ihr fremd, spricht sie doch – ebenso wie die Erziehung – die innere Überzeugung und die Moral des Einzelnen an.

Allerdings wird hier die Verschwommenheit der Zielsetzung des Erziehungsvollzuges besonders deutlich²⁰¹: Hat der Kriminelle durch seine Tat gezeigt, daß er ohne festen inneren (moralischen) Stand ist, so muß es den Vertretern eines Erziehungsvollzuges nur folgerichtig erscheinen, sich jeden wirksamen Mittels, also auch der Religion, zu bedienen, um diesem Mangel abzuhelpfen. Heute erscheint allerdings mit Recht den meisten die verfassungsrechtliche Gewähr der Religions- und Kultusfreiheit so bedeutungsvoll, daß eine zwangsweise Einsetzung der Religion für die Zwecke der Vollzugsziele allgemein abgelehnt wird.

¹⁹⁷ Vgl. Art. 4 Abs. 2 GG; Burdeau a.a.O. S. 284; Rigaux-Trousse, Les crimes Bd. II S. 9 f. bei Anm. 2.

¹⁹⁸ Peters a.a.O. S. 224 und in JR 1951 S. 753; ebenso v. Münch, JZ 1958 S. 74; vgl. auch Nr. 4 ff. Erklärung der Prinzipien über religiösen Beistand in den Gefängnissen der National Chaplain's Association, mitgeteilt bei Cuéllar a.a.O. S. 396.

¹⁹⁹ Vgl. Bouzat, Traité Nr. 419 S. 369.

²⁰⁰ Vgl. Art. 140 GG, Art. 136 Abs. 4 Weim. RVerf.; Fry, Nouvelle Déclaration S. 208; Odent, Contentieux S. 838; Mittermaier, Gefängniskunde S. 99; v. Münch a.a.O. S. 73; ebenso (grundsätzlich) das schweizerische und belgische Recht: vgl. Zürcher, in Hafner-Zürcher S. 104; Jacomella a.a.O. S. 23; Köhl, Diss. S. 69 mit Nachw. in Anm. 13; a. A. die älteren Vollzugsrechtler, vgl. Cuche, Traité S. 347 ff.; Kriegsmann, Einführung S. 229 f.; vermittelnd Hafner, Kirche und Schule S. 82 f.

²⁰¹ Vgl. dazu auch Bockelmann, Gierke-Festschrift 1950 S. 32 ff., 37 f.

Nachdem in Frankreich der seit dem Erlaß vom 6. 5. 1839 bestehende Zwang zur Teilnahme am Gefängnisgottesdienst durch Zirkular vom 14. 9. 1924 aufgehoben worden war, dient heute wertvoller Klarstellung Art. D. 436 Abs. 1 C. p. p.: „Bei seiner Ankunft in der Anstalt wird jedem Gefangenen mitgeteilt, daß es ihm freisteht, den Besuch des Geistlichen seiner Religionsgemeinschaft zu empfangen und den Gottesdienst zu besuchen.“ (Ähnlich Nr. 135 DVollzO). Dieses Recht kann auch nicht im Wege der Disziplinarstrafe entzogen werden (vgl. Art. D. 437 Abs. 1 C. p. p.), ist aber in engen Grenzen aus Gründen der Sicherheit und Ordnung beschränkbar (zu unbestimmt Nr. 135 DVollzO)²⁰². Zweifelhaft erscheint das verschiedentlich noch angewandte System, daß der Einzelne bei Eintritt in die Strafanstalt eine Erklärung über die Teilnahme an Kult-handlungen abzugeben hat und an diese Erklärung für die gesamte Dauer seiner Gefangenschaft oder jedenfalls für einen bestimmten Zeitraum gebunden ist. Die Religionsfreiheit beinhaltet das Recht, sich jederzeit für oder gegen eine bestimmte Weltanschauung zu entscheiden; daß sich das erwähnte System mit Erwägungen der Ordnung in der Anstalt rechtfertigen läßt – Mißbrauch des Rechtes selbstverständlich ausgenommen –, erscheint kaum vorstellbar.

Die Unterhaltung mit dem Geistlichen ist ebenso wie die Korrespondenz mit diesem von jeder Überwachung frei (vgl. Art. D. 437 Abs. 2, 438 C. p. p.), setzt die Hinführung zur Religion doch ebenso wie ihre Ausübung einen vertrauensvollen, ungestörten Kontakt voraus.

Endlich bietet der Strafvollzug auch kein Hindernis zu Austritten aus der Kirche und zum Konfessionswechsel (in Art. 49 Nr. 3 SchwBV ausdrücklich garantiert).

Problematisch bleibt die Behandlung der Glaubensminoritäten. Kann ein bestimmter Kult in der Anstalt wegen der zu geringen Zahl von Gläubigen nicht eingeführt werden, so ist denselben doch im Rahmen des für die Anstalt Zumutbaren die Teilnahme am Gottesdienst von der Verwaltung zu erleichtern²⁰³. Bei Beurteilung der Frage, ob es sich um ernsthafte Entscheidungen des Einzelnen handelt, kann in gewissem Umfang die Rechtsprechung zur Frage der Gewissensentscheidung im Sinne des Art. 4 Abs. 3 S. 1 GG herangezogen werden²⁰⁴.

a 4) Auch die innere Gedankenfreiheit (*liberté de pensée*) setzt sich in der Meinungsäußerungsfreiheit fort, wie sie als Recht auf Darlegung und Verbreitung der eigenen Meinung in Wort, Schrift und Bild durch

²⁰² Vgl. OLG Celle (3. StrS) vom 9. 2. 1961 (unveröffentlicht). Unzulässig ist auch jede indirekte Sanktion einer Nichtteilnahme an Kulthandlungen; verfassungswidrig ist ferner die Gewährung von Vorteilen wegen einer entsprechenden Teilnahme, vgl. *Jacomella* aa.O., v. *Münch* aa.O.; Nr. 41 Abs. 3 *Minima*.

²⁰³ Vgl. *Jacomella* aa.O. S. 24; sehr zurückhaltend *Zürcher* aa.O.

²⁰⁴ Vgl. dazu BVerfG 12 S. 45–61, 54 f. = NJW 1961 S. 355; BVerwG NJW 1962 S. 1736–1738 mit Anm. *Hahnenfeld*; *Witte*, Der Gewissensbegriff des Artikels 4 Absatz 3 des Grundgesetzes, AöR Bd. 87 (1962) S. 155–196, bes. S. 176 ff.; *Podlech*, Der Gewissensbegriff im Rechtsstaat, AöR Bd. 88 (1963) S. 185–221. – Dies gilt auch für die Zulassung von Besuchern kleinerer Religionsgemeinschaften.

Art. 5 Abs. 1 GG, Art. 14 belg. Verf., Art. 11 Erklärung 1789 gewährleistet ist.

Allerdings stellt nach deutschem Recht nicht bereits jede Äußerung eine Meinungskundgabe dar; vielmehr fallen nur wertende Stellungnahmen zu einem äußeren Vorgang unter die Garantie des Grundgesetzes²⁰⁵. Der Überwachung (Zensur) unterliegen auf Grund des besonderen Gewaltverhältnisses daher zweifellos solche Äußerungen von Gefangenen (sowie Besuchern und Dritten), die nur Tatsachen und Pläne enthalten. Da nicht von vornherein feststeht, daß sich die Gespräche der Gefangenen untereinander und mit Besuchern sowie die Schriften der Gefangenen und Briefpartner nur auf Tatsachen beziehen, ist eine generelle Überwachung zulässig (vgl. Art. D. 406, 416 C. p. p., Nr. 153 DVollzO). Von vornherein unzulässig sind alle Meinungsäußerungen, die sich auf Ausbruchsversuche und Aufsässigkeiten beziehen, den Arbeitsfrieden stören oder die übrigen Gefangenen korrumpieren wollen, würde hierdurch doch die Ordnung der Anstalt schwer beeinträchtigt²⁰⁶.

Eine Beschlagnahme schriftlicher Äußerungen und eine Unterbrechung weiterer (schriftlicher oder mündlicher) Äußerungen ist jedoch verfassungsrechtlich nur so weit gestattet, als die Kundgabe von Tatsachen in Frage steht, während die Unterbindung wertender Stellungnahmen – mit den bereits genannten Einschränkungen – im besonderen Gewaltverhältnis keine Stütze findet, da dieses als immanente persönliche Gewährleistungsschranke weder durch das Erfordernis seiner Aufrechterhaltung noch durch seine Erziehungsziele die Abgabe kritischer Wertungen verbietet²⁰⁷. Praktisch wird dieses Ergebnis für die (sachliche!) Kritik an Anstaltsverhältnissen, und zwar auch, soweit Äußerungen nach außen gelangen²⁰⁸.

In Frankreich umfaßt die Äußerungsfreiheit dagegen sowohl die Kundgabe von Meinungen im Sinne wertender Stellungnahmen als auch die von Tatsachen²⁰⁹, läßt doch bereits Art. 11 Erklärung 1789 in den Grenzen des Rechtsmißbrauches allgemein zu, daß „jeder Bürger frei reden und schreiben“ kann. Diese Äußerungsfreiheit wird im besonderen Gewaltverhältnis abgesehen von den durch das Strafrecht und die guten Sitten gezogenen

²⁰⁵ Vgl. v. Mangoldt-Klein, GG Art. 5 Anm. III 1 S. 238 f. mit Nachw.; a. A. etwa Reh binder, NJW 1962 S. 2140.

²⁰⁶ Vgl. v. Münch a.a.O. S. 74; zum Mißbrauch der Glaubensfreiheit im Strafvollzug vgl. BVerfG 12 S. 1–5 = DÖV 1961 S. 28.

²⁰⁷ A. A. v. Mangoldt-Klein, GG Art. 5 Anm. IX 1 e S. 249 (aber ohne nähere Begründung).

²⁰⁸ Im Ergebnis ebenso Spannagel, Diss. S. 104; v. Münch a.a.O. S. 75 (zustimmend Hamann, GG Art. 5 Anm. A 1 S. 106). Die Unterscheidung v. Münchs a.a.O. S. 74 zwischen Äußerungen, die innerhalb der Anstalt bleiben, und solchen, die an die Außenwelt gelangen sollen, führt nicht weiter; v. Münch kommt auch selbst zu durchaus einheitlichen Ergebnissen.

²⁰⁹ Vgl. Pinto, Liberté d'opinion S. 41; ebenso für das schweizerische Recht Fleiner-Giacometti, Bundesstaatsrecht S. 364 in Anm. 3.

Grenzen nur soweit eingeschränkt, als das gute Funktionieren desselben in Frage steht ²¹⁰.

Steht mit Rücksicht auf die Ordnung des Gefangenschaftsverhältnisses auch die Zulässigkeit einer Präventivkontrolle außer Zweifel, so belästigt diese Äußerungsfreiheit doch allgemein im besonderen Gewaltverhältnis das Recht, z. B. politische Verhältnisse zu kritisieren ²¹¹. Zweifelhaft erscheint daher die Rechtsgeltung des Art. D. 415 Abs. 2 C. p. p., der u. a. keinerlei politische Äußerungen des Gefangenen im Schriftverkehr zuläßt. Wenngleich die französische Rechtslehre in der Annahme von Verfassungswidrigkeiten sehr zurückhaltend ist, so wird doch die übermäßige Beschränkung der Meinungsäußerungsfreiheit in dieser Hinsicht zu Recht gerügt: „Es ist merkwürdig, feststellen zu müssen, wie sehr die Vorstellung eines politischen Loyalismus weiterhin selbst demokratisch gesinnte Obrigkeiten in Frankreich beherrscht. Sicher ist jedoch, daß diese Vorstellungen völlig den öffentlichrechtlichen Prinzipien widersprechen, die für öffentliche Einrichtungen gelten.“ ²¹²

Durch das Ziel der Besserung und der sozialen Wiedereingliederung (vgl. Art. 728 Abs. 2 C. p. p.) ist diese Beschränkung sicher nicht geboten, und es ist auch nicht ersichtlich, inwieweit die Aufrechterhaltung von Sicherheit und Ordnung in der Strafanstalt diese Einschränkung rechtfertigen könnte.

cc) Eine besondere Ausprägung des Rechtes auf freie Meinungsäußerung ist die Unterrichtsfreiheit (*liberté d'enseignement*). Für Deutschland läßt sich dieses Grundrecht aus den Art. 5 Abs. 3 S. 1, 7 GG ableiten, Belgien gewährleistet es in Art. 17 seiner Verfassung. In Frankreich erklärte erst Art. 91 des Gesetzes vom 31. 3. 1931 (wiederaufgenommen von Art. 1 des Gesetzes vom 31. 12. 1959), die Aufrechterhaltung der Unterrichtsfreiheit sei „eines der Fundamentalprinzipien der Republik“; eine sonstige abstrakte Formulierung dieses Grundrechtes findet sich nicht. Spezialtexte gewährleisteten es für die Ausbildung an Volks- und höheren Schulen (vgl. die Gesetze vom 30. 10. 1886, vom 15. 3. 1850, vom 12. 7. 1875 und bereits das Dekret vom 19. 12. 1793). Gleichwohl wird diese Grundfreiheit als verfassungsmäßiges Recht angesehen und von der französischen Rechtsprechung geschützt ²¹³.

a 1) Dieses Grundrecht meint zunächst als Entsprechung und Ausfluß der Gedanken- und Äußerungsfreiheit die Möglichkeit, in gewissen Schranken (*ordre public* und gute Sitten) frei zu unterrichten ²¹⁴. Nach

²¹⁰ Vgl. Pinto a.a.O. S. 240 (mit Nachw.), 250, 263 für das Beamtenverhältnis. Berücksichtigt man die besondere Treupflicht des Beamten (vgl. Pinto a.a.O. S. 240), so kann die Beschränkung im Strafvollzug schwerlich stärker sein; vgl. für das Soldatenverhältnis auch Pinto a.a.O. S. 243 in Anm. 778.

²¹¹ Vgl. Pinto a.a.O. S. 239.

²¹² Pinto a.a.O. S. 250 in Anm. 794 (im Anschluß an G. Jèze).

²¹³ Vgl. Burdeau, *Libertés* S. 271; Jeanneau, *Principes généraux* S. 46 ff.; auch Colliard, *Libertés publiques* Nr. 298 S. 290 f. (für Gewohnheitsrecht).

²¹⁴ Vgl. (auch zum folgenden) Pelloux, *Essais* Bd. 3 S. 4 ff.; Burdeau, *Libertés* S. 262; Duverger, *Droit public* S. 176.

deutschem Verfassungsrecht umfaßt allerdings die (allein ausdrücklich verbürgte, vgl. Art. 5 Abs. 3 GG) Freiheit der „Lehre“ nur die Mitteilung eigener Forschungsergebnisse zum Zwecke ihrer Verbreitung, nicht aber den (üblichen) Unterricht durch Lehrer an Volks-, Mittel- und höheren Schulen²¹⁵. Soweit dieses Recht für Strafgefangene erheblich wird, befinden sich diese in einem Zustand, der die Ausübung dieser Freiheit weitgehend tatsächlich aufhebt; in den Grenzen des durch den Freiheitsverlust sich ergebenden faktischen Zustandes läßt es sich insoweit lediglich während der Freizeit (etwa durch Fernkurse) verwirklichen. Entsprechend bleibt auch für die Freiheit der Kunst – Malen, Musizieren usw. –, der Wissenschaft und Forschung (Art. 5 Abs. 3 GG) tatsächlich nur wenig Raum, auch soweit ihre Ausübung die Anstaltsordnung nicht gefährdet²¹⁶.

a 2) Weiter ist aber Inhalt dieser Grundfreiheit auch die generelle Freiheit von Unterrichtszwang, also positiv das Recht, Unterrichtsinstitute und Lehrer nach freier Wahl aufzusuchen (oder nicht aufzusuchen). Ist dieses Recht allgemein für Jugendliche und Heranwachsende durch die staatliche Schulgesetzgebung eingeschränkt, so fragt sich doch, ob ein Unterrichtszwang für erwachsene Strafgefangene verfassungsrechtlich möglich ist.

Auch diese Problematik wird meist durch die Annahme verdeckt, der Gefangene habe ein Recht auf Unterrichtung und geistige (Fort-)Bildung²¹⁷. Entsprechend gehen so gut wie alle Vollzugsvorschriften davon aus, daß Analphabeten und Gefangene, die keine zureichende Grundschulausbildung genossen haben, bis zu einem gewissen Alter zur Teilnahme an einem Elementarunterricht gezwungen werden können, und zwar in Frankreich bis zu 25 Jahren (vgl. Art. D. 452 Abs. 2 C. p. p.)²¹⁸.

Die Behauptung, viele Gefangene seien infolge ihrer geringen Bildung zum Verbrechen geführt worden, kann jedoch kaum durchgreifen, zumal der moralisierende Einfluß des Unterrichts nicht gerade sehr hoch zu veranschlagen ist²¹⁹. Darüber hinaus ist vorgebracht worden, Bildung bessere nicht den Gefangenen, sondern führe nur zu einer Änderung des Kriminaltyps. Dem hält Germain entgegen, nichts beweise, daß „ein Taugenichts

²¹⁵ Vgl. v. Mangoldt-Klein, GG Art. 5 Anm. X 5 S. 257, X 6 e S. 261 mit Nachw. Eine systematische Vervollständigung erfolgt jedoch durch Art. 12 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG, die beide konkret auf die Unterrichtsfreiheit gehen können, aber den im Text erwähnten Beschränkungen ebenfalls unterliegen.

²¹⁶ Vgl. v. Münch a.a.O. S. 75; auch Leopold, Bewährungshilfe 1962 S. 90.

²¹⁷ Vgl. etwa Pinatel, Traité S. 248; Perrier, Diss. S. 87; Mouakeh, Diss. S. 47. Eindeutig zum Zwang bekennt sich jedoch Zürcher, in Hafner-Zürcher S. 105.

²¹⁸ Der Schulzwang geht in Italien bis zu 40, in Argentinien bis zu 50 Jahren (vgl. Art. 79 Ley Penitenciaria). Die deutsche DVollzO spricht nur von einer „Fortbildung“, zu der dem Gefangenen „Gelegenheit gegeben“ wird (vgl. Nr. 124 Abs. 1) und die – wohl als vorhanden vorausgesetzte – „Grundschulkenntnisse ergänzen und festigen“ soll (Nr. 125 Abs. 1). In der Schweiz ist der Besuch sogen. Fortbildungskurse ebenfalls obligatorisch (in Basel bis zu 30 Jahren), vgl. Schmeitzky, ZStrafvollz Jg. 10 (1961) S. 100.

²¹⁹ Vgl. Cuervo Calón, Penología S. 382 bei Anm. 1; eingehend M. Woodward, Low Intelligence and Delinquency, 1955 (I.S.T.D.).

von Brandstifter“ sich nach Teilnahme am Unterricht in einen Betrüger verwandle; im übrigen seien die Vorteile der Bildung evident²²⁰.

Weiter dürfte aber erst die Erwägung führen, daß der Gefangene eine möglichst gründliche Berufsausbildung (formation professionnelle) erhalten muß, um nach seiner Entlassung in die Gesellschaft wieder eingegliedert werden zu können. Gerade diese Ausbildung wird dem Gefangenen jedoch mehr im Rahmen der Gefangenearbeit gegeben, so daß die angestellte Erwägung zu der vielfach anzutreffenden Auffassung zu führen scheint, der Schulzwang sei gegenüber dem Arbeitszwang sekundär: eine Meinung, die in der Festsetzung der Unterrichtszeiten nach den Arbeitsstunden ihren praktischen Ausdruck findet.

Mag auch die Unterweisung in einer (möglichst hochwertigen) Arbeit im übrigen den Gefangenen noch willkommen sein, so stehen sie dem Unterrichtszwang doch meist ausgesprochen feindlich gegenüber²²¹.

Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit des Unterrichtszwanges dürfte sich daher letztlich nur aus der Verknüpfung des Erfordernisses einer gewissen Grundbildung mit dem Ziel der Berufsausbildung und durch die allgemeine, dem Erziehungsvollzug zugrundeliegende Erwägung rechtfertigen lassen, der Gefangene müsse nachholen, was er früher versäumt hat, um den von der Gesellschaft allgemein gestellten Anforderungen genügen zu können²²². Ferner ist im französischen Verfassungsrechtsdenken wiederholt hervorgehoben worden, ein Minimum an Bildung sei erforderlich, um die individuellen Freiheitsrechte im sozialen Leben entfalten zu können; für den Staat sei es daher „eine gebieterische Aufgabe, daß die Fähigkeiten seiner Bürger nicht brach liegen und unnütz bleiben“²²³.

e) Die Kollektivrechte des Gefangenen

aa) Das Grundrecht der Versammlungsfreiheit (liberté de réunion) (Art. 8 GG, Art. 19 belg. Verf., Art. 56 SchwBV)²²⁴ ist, ganz abgesehen von seiner generellen Ausgestaltung durch die staatlichen Gesetzgebungen im übrigen, für das Gefangenschaftsverhältnis zumindest tatsächlich aufgehoben, würde doch seine Ausübung die Sicherheit und Ordnung in der Anstalt erheblich gefährden²²⁵. Rein tatsächlich sich ergebende Ansamm-

²²⁰ *Eléments* S. 81; ähnlich lapidarisch *Colliard*, *Libertés publiques* Nr. 313 S. 309 („Man ist nicht frei, keine Grundbildung zu haben.“).

²²¹ Vgl. *Cuello Calón a.a.O.* S. 383.

²²² Erforderlich sind diese Erwägungen lediglich im Hinblick auf die Verbürgung der allgemeinen Handlungsfreiheit in Art. 2 Abs. 1 GG, Art. 4 Erklärung 1789, da spezielle Gewährleistungen der Unterrichtsfreiheit im Verfassungsrecht fehlen.

²²³ René Brunet, *Le principe d'égalité en droit français*, Diss. Paris 1910, S. 176; ähnlich Pierre D a n e y, *Le principe d'égalité*, Diss. Bordeaux 1927, S. 146. Im Ergebnis übereinstimmend: v. L i s z t, *ZStW* Bd. 35 (1914) S. 658; Feigel, Diss. S. 104 f. (für das schweizerische Recht).

²²⁴ Für Frankreich läßt sich dieses Grundrecht aus Art. 11 Erklärung 1789 ableiten, vgl. *Colliard*, *Libertés publiques* Nr. 380 S. 386. Ausdrücklich genannt ist es in der Verfassung vom 3. 9. 1791.

²²⁵ Vgl. Füßlein, *Grundrechte* Bd. II S. 449 bei Anm. 115; Hild. Krüger, *ZBR* 1956 S. 311; v. Münch a.a.O. S. 75; Spannagel, Diss. S. 104 bei Anm. 412; Gr. Wolff, *Strafvollzug* S. 45 bei Anm. 57.

lungen von Gefangenen sind keine Versammlungen im Sinne der verfassungsrechtlichen Gewährleistungen, da solche zwar begriffsnotwendig augenblicksgebunden, aber doch gewollt und organisiert bzw. organisierbar sein müssen²²⁶.

bb) Etwas komplizierter ist das Problem, inwieweit die Strafgefangenen das Grundrecht der Vereinsfreiheit (*liberté d'association*) ausüben können.

Dieses Grundrecht ist in Art. 9 GG (entsprechend Art. 20 belg. Verf., Art. 56 SchwBV) niedergelegt und ergibt sich für Frankreich neben der Verfassung vom 3. 9. 1791 erst aus Art. 1 des Gesetzes vom 1. 7. 1901.

a 1) Nach französischer Auffassung liegt ein Verein vor, wenn zwei (!) oder mehrere Personen durch übereinstimmende Willenserklärungen auf Dauer ihre Aktivität und ihre Kenntnisse zur Erreichung eines Zieles einsetzen, das über die bloße Gewinnerzielung und -verteilung hinausgeht²²⁷. Die deutsche Rechtslehre definiert den Verein als eine dauerhafte Vereinigung mehrerer Personen zur Verfolgung eines gemeinschaftlichen Zieles unter einer Leitung²²⁸.

a 2) Streitig ist bereits, ob die bloße Tatsache der Gründung eines Vereins (z. B. eines Schachklubs) in der Strafanstalt – durch Gefangene – dem Sinn des besonderen Gewaltverhältnisses widerspricht²²⁹.

Jedenfalls aber fehlt es infolge des Entzuges der Fortbewegungsfreiheit an der tatsächlichen Möglichkeit, den Vereinszweck zu verwirklichen. Auch die gelegentlich erteilte Erlaubnis seitens der Vollzugsverwaltung zur gemeinsamen Freizeitgestaltung stellt diese faktische Grundlage nicht wieder her, kann sie doch jederzeit entzogen werden. Für das französische Recht kann auch nicht etwa aus Art. D. 245 Abs. 2 C. p. p. (Verbot lärmender Vereinigungen) im Wege des Gegenschlusses ein Recht auf Vereinsbildung und -aktivität in angemessenen Grenzen gefolgert werden.

Soweit der Gefangene jedoch bereits Mitglied von Vereinen (außerhalb der Strafanstalt) ist, wird seine Rechtsstellung zwar durch die Gefangenschaft nicht direkt berührt, soweit das interne Vereinsstatut nicht anderes vorsieht; auch hier steht es jedoch im freien Ermessen der Vollzugsverwaltung, einen beiderseitigen tatsächlichen Kontakt zuzulassen. Auch insofern hat der Gefangene keinen Rechtsanspruch.

cc) Das für die Vereinsfreiheit Gesagte gilt entsprechend auch für die Koalitionsfreiheit (*liberté syndicale*), niedergelegt in Art. 9

²²⁶ Vgl. Colliard a.a.O. Nr. 375 S. 379 f., Nr. 377 S. 381 f. mit Nachw.; Maurice Menanteau, *Les nouveaux aspects de la liberté de réunion*, Diss. Paris 1937, S. 47 ff. mit Nachw.

²²⁷ Vgl. Burdeau, *Libertés* S. 158 f. mit Nachw.; Colliard a.a.O. Nr. 400 S. 407; Art. 1 Gesetz vom 1. 7. 1901.

²²⁸ Vgl. Fülleïn a.a.O. S. 431; v. Mangoldt-Klein, GG Art. 9 Anm. III 6 a S. 320 mit Nachw.

²²⁹ Bejahend: v. Mangoldt-Klein a.a.O. Anm. IV 1 S. 323, Art. 8 Anm. IV 2 c S. 313; Herb. Krüger, *Die Einschränkung von Grundrechten nach dem Grundgesetz*, DVBl 1950 S. 625–629, 629; verneinend: Fülleïn a.a.O. S. 434; v. Münch a.a.O.; Gr. Wolff a.a.O. S. 45 bei Anm. 58, S. 46 bei Anm. 60, 61.

Abs. 3 GG und in der französischen Verfassungspräambel von 1946. Fraglich – und nach den einzelnen Statuten zu beantworten – ist hier bereits, ob die Gefangenschaft nicht zu einem zeitweiligen Ausschluß aus der Berufsorganisation führt, da die Zugehörigkeit zu dieser (in der Regel) an die tatsächliche Berufsausübung geknüpft ist. In Deutschland nimmt die wohl herrschende Meinung an, daß „die Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ (Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG) für Strafgefangene nicht in Betracht kommt²³⁰. Diese Auffassung ist insofern zutreffend, als die Gefangenen nicht etwa in der Anstalt Gewerkschaften gründen können; eine solche Möglichkeit scheidet schon deshalb aus, weil sie als zwangsweise beschäftigte Personen nicht unter den Begriff des Arbeitnehmers fallen, wie er in Art. 9 Abs. 3 GG vorausgesetzt ist. Die davon zu unterscheidende Frage nach der Fortdauer der Zugehörigkeit zu Gewerkschaften usw. kann dagegen schon mit Rücksicht auf die überzahlreichen zu kurzfristigen Freiheitsstrafen Verurteilten nicht (allein) an Hand des Verfassungsrechtes beurteilt werden, sondern ist im Hinblick auf die Statuten der betreffenden Vereinigungen zu lösen.

dd) Ein Kollektivrecht stellt auch die Petitionsfreiheit dar, sofern sie gemeinschaftlich ausgeübt wird.

a 1) Das einzeln ausgeübte Petitionsrecht (vgl. Art. 17 GG, Art. 21, 43 belg. Verf., Art. 57 SchwBV) ist im Gefangenschaftsverhältnis nicht angetastet; eine tatsächliche Beschränkung ergibt sich erst aus der Papierzuteilung²³¹. Es gewinnt wegen der starken Rechtsbeschränkung des Gefangenen und der Unzulässigkeit jeder Selbsthilfe gerade hier besondere Bedeutung. In sehr fortschrittlicher Weise untersagt insoweit Nr. 36 Minima jede Zensur²³².

Inhaltlich beschränkt sich das Petitionsrecht nicht auf persönliche Angelegenheiten; der Gefangene kann vielmehr wie jeder andere Bürger auch zu allgemeinen und politischen Fragen Stellung nehmen²³³. Für das deutsche Recht läßt sich das auch aus der Zulässigkeit der Teilnahme der (meisten) Gefangenen am Vorgang der staatlichen Willensbildung ableiten (vgl. dazu unten S. 173 f.).

a 2) Die gemeinschaftliche Ausübung des Petitionsrechtes lehnt das französische Recht für das Strafvollzugsverhältnis seit jeher ab. So untersagt auch Art. D. 261 Abs. 1 C. p. p. „jede gemeinsame Einreichung von Beschwerden, Anträgen oder Petitionen“ und läßt gegen ihre Verfasser Disziplinarmaßnahmen zu (Abs. 2 a.a.O.). Mit Rücksicht darauf, daß eine ausdrückliche Verfassungsgarantie des Petitionsrechtes überhaupt fehlt, können für das französische Recht insoweit keine Bedenken vorgebracht werden.

²³⁰ Vgl. v. Mangoldt-Klein, GG Art. 9 Anm. V 10 S. 329 f.

²³¹ Vgl. BayVerfGH VerwRspr Bd. 13 S. 1–5, 3; Röhl, JZ 1954 S. 66 bei Anm. 17; weitergehend wohl v. Münch a.a.O. S. 76.

²³² Zur Frage der Zensur von Petitionen nach deutschem Recht vgl. OLG Hamburg vom 15. 8. 1961 (VAs 24/61) bei Altenhain, JVB1 1962 S. 197.

²³³ Vgl. Hamann, GG Art. 17 Anm. 2; v. Münch a.a.O.; wohl auch Röhl a.a.O.

Für Deutschland ist die Frage streitig. An sich erscheint es vertretbar, daß die Gefangenen im Rahmen der ihnen zugestandenen freien Gemeinschaftszeit gegenseitigen Kontakt zur Abfassung von Petitionen aufnehmen und diese schließlich gemeinschaftlich abfassen²³⁴. Soweit jedoch der Strafvollzug zulässige Kontakthindernisse aufstellt, kann nicht etwa im Wege des Gegenschlusses aus Art. 17 a Abs. 1 GG gefolgert werden, dem Gefangenen müsse dieser Kontakt geradezu verschafft werden²³⁵.

Die Gegenmeinung, welche jede gemeinschaftliche Petition von Strafgefangenen auch für Deutschland für unzulässig hält, stützt sich darauf, daß im Strafvollzug jeder nicht ausdrücklich gestattete Kontakt verboten ist²³⁶. Demgegenüber ist jedoch zu bedenken, daß auch in diesem besonderen Gewaltverhältnis sowohl der Grundsatz der möglichst großen Grundrechtseffektivität als auch die Vermutung zugunsten der Freiheitsrechte Geltung haben.

f) Das Recht des Gefangenen auf Kontakt mit der Außenwelt

Aus der Beschränkung der Gefängnisstrafe auf den Freiheitsentzug ergibt sich die auch von der modernen Kriminalpädagogik im Hinblick auf die Vorbereitung des Gefangenen auf die Freiheit unterstützte Forderung²³⁷, daß der Gefangene nicht völlig von der Außenwelt abgeschnitten werden kann. In ihrer extremsten Form würde eine solche Absperrung gegen den Grundsatz der Menschenwürde verstoßen²³⁸. Mit Rücksicht auf die Natur des Menschen als Gemeinschaftswesen läßt sich auch nicht eine zeitweilige Unterbindung dieses Kontaktes rechtfertigen, so daß die Entziehung des Korrespondenz- und Besuchsrechtes im Wege der Disziplinarmaßnahme mangels zwingender Notwendigkeit verfassungswidrig ist²³⁹.

aa) Ein erster Ausfluß dieser Aufrechterhaltung eines gewissen Verkehrs mit der Außenwelt ist das Recht des Gefangenen, Briefe zu schreiben und zu erhalten. Dieses Recht ist unmittelbar aus der Freiheit der Meinungsäußerung abzuleiten und in ihm enthalten; die Verfassungen schützen es regelmäßig nur impliziter durch das ausdrücklich gewährleistete Grundrecht des Briefgeheimnisses (vgl. Art. 10 GG, Art. 22 belg. Verf.)²⁴⁰, das sich systematisch mit dem Grundrecht auf freie Meinungsäußerung verbindet.

²³⁴ So im Ergebnis Hamann, GG aa.O.; v. Münch aa.O. bei Anm. 50, 51; Spannagel, Diss. S. 105 bei Anm. 414; Depenbrock, Diss. S. 159 f.; wohl auch Röhl aa.O. und Maunz-Dürig, GG Art. 17 Randn. 32.

²³⁵ Vgl. Maunz-Dürig aa.O.

²³⁶ So v. Mangoldt-Klein, GG Art. 17 Anm. II 6 S. 509; Herb. Krüger, VVDStRL Heft 15 (1957) S. 138; Mittermaier, Gefängniskunde S. 122 (für gemeinsame Beschwerden); Gr. Wolff, Strafvollzug S. 46 bei Anm. 59.

²³⁷ Vgl. Ancel, Traitement S. 136; Germain, Eléments S. 83; Mittermaier aa.O. S. 109.

²³⁸ Vgl. bereits oben S. 116.

²³⁹ Vgl. Spannagel, Diss. S. 98 f.; Cuello Calón, Penología S. 508.

²⁴⁰ Im schweizerischen Recht wird die Brieffreiheit gelegentlich aus der Pressefreiheit (als dem „Kernstück der Meinungsäußerungsfreiheit“) abgeleitet, vgl. Fleiner-Giacometti, Bundesstaatsrecht S. 365 (aber streitig).

Ein Recht auf Korrespondenz erkennen Nr. 147 ff. DVollzO und Art. D. 414 C. p. p. grundsätzlich nur im Verhältnis zu nahen Angehörigen und auch dann nur in gewissen Zeitabständen an. Hinzu kommt ein Recht auf Sonderbriefe an Behörden, Anwälte und (für Deutschland) die europäische Menschenrechtskommission (vgl. Nr. 149 DVollzO).

Die generelle Beschränkung des Personenkreises ergibt sich aus der erzieherischen Aufgabe des Vollzuges. Dies steht für Mittäter und Personen von zweifelhaftem Ruf (Dirnen, Zuhälter) außer Zweifel. Darüber hinaus wird der Vollzugsverwaltung herkömmlicherweise ein weiter Beurteilungsspielraum zugesprochen²⁴¹.

a 1) Für den Inhalt der Briefe schreibt Art. D. 415 Abs. 2 C. p. p. vor, daß nur familiäre und sonstige private Interessenangelegenheiten behandelt werden dürfen; daß jedenfalls das Verbot der Erwähnung politischer Fragen verfassungswidrig ist, wurde bereits dargetan (oben S. 157). Weder die Ordnung in der Anstalt noch der Erziehungsgedanke verbieten notwendig einen Gedankenaustausch über andere als private Angelegenheiten; entgegen Art. D. 416 Abs. 3 C. p. p. können solche Briefe daher nicht angehalten werden²⁴². Nicht ganz unbedenklich ist auch das Erfordernis der Vereinbarkeit des Briefinhaltes mit Moral und guten Sitten. Art. D. 415 Abs. 3 C. p. p. macht hier die Verwaltung zum Richter über die Eigenart des Gefangenen, etwa zu seinen Freunden und Familienangehörigen zu sprechen. Wenn man allerdings bedenkt, daß das französische Recht allgemein der Verwaltung in der Frage der Überprüfung der Moralität weitergehende Zugeständnisse als im deutschen Verwaltungsrecht üblich macht²⁴³,

²⁴¹ Vgl. Ancel, *Traitement* S. 137 ff.; Mittermaier, *Gefängniskunde* S. 109; BayVerfGH NJW 1963 S. 1774.

²⁴² So wohl auch Cuello Calón, *Penología* S. 508. Ein weitergehendes Ermessen der Verwaltung wird man hinsichtlich solcher Gefangenen zulassen müssen, die sich in einer psychiatrischen Abteilung befinden; hier dient eine strengere Überwachung des Schriftverkehrs sowohl dem Interesse des Gefangenen als auch dem der Öffentlichkeit, vgl. (für das deutsche Recht) OLG München vom 31. 10. 1960 (VAs 5/60) (unveröffentlicht); Hans, *Zur Kontrolle der Briefe von Geistes- und Suchtkranken, die in Heil- oder Entziehungsanstalten untergebracht sind*, DÖV 1963 S. 256 ff.; dagegen G. Bach, NJW 1963 S. 1763 f.

Für den Strafvollzug ist allgemein anerkannt, daß jedenfalls Gefangenbriefe mit strafbarem Inhalt angehalten werden dürfen. Darauf, daß diese Beschränkung letztlich nur durch den Erziehungsgedanken zu rechtfertigen ist, weist Kleinknecht, JZ 1962 S. 266 in Anm. 3 (Urteilsanm.) zutreffend hin. Für den Vollzug der Untersuchungshaft ist die Frage dagegen streitig; vgl. etwa (vor allem zu Briefen mit beleidigendem Inhalt) OLG Bremen JZ 1961 S. 265 mit Anm. Kleinknecht S. 265 f., OLG Köln MDR 1953 S. 570, Baumann, DRiZ 1959 S. 380.

²⁴³ Vgl. Tribunal administratif de Dijon, D. 1961 Jur. S. 316 f. mit Anm. von Georges Bénar S. 317–319, bestätigt durch Urteil des C. E. (Soc. Columbia Films et Soc. Production Iéna), Le Monde Nr. 5333 vom 11./12. 3. 1962 S. 14. Für das deutsche Recht sprechen OLG Bremen a.a.O. und Kleinknecht a.a.O. von einem Beurteilungsspielraum, soweit es sich darum handelt, ob ein Brief den Vollzugszweck oder die Anstaltsordnung gefährdet. Die vom OLG Bremen befürwortete „gewisse Großzügigkeit“ bei der Kontrolle wird von Kleinknecht (bei Anm. 6) durch die staatliche Fürsorgepflicht gegenüber dem Gefangenen als Entscheidungskriterium konkretisiert.

rechtfertigt die Funktion des Strafvollzuges als Behandlung des Kriminellen (*traitement*) diese Einschränkung der genannten Vorschrift.

a 2) Allgemein üblich ist eine Zensur der Briefe bei Eingang und bei Abgang (vgl. Art. 416 Abs. 1 C. p. p., Nr. 153 DVollzO); dieser Eingriff in das Briefgeheimnis (Art. 10 GG, Art. 22 belg. Verf.) rechtfertigt sich aus der Aufrechterhaltung der Sicherheit in der Anstalt und der Verhinderung von Fluchtversuchen durch Aufdeckung dahingehender Pläne²⁴⁴. Für das französische Recht ist diese Überlegung sogar überflüssig, da es keinen französischen Verfassungstext gibt, der das Briefgeheimnis (*le secret de la correspondance*) schützt. Wenn ein dahingehendes Rechtsprinzip gleichwohl besteht, so erfährt es durch das Zensurrecht der Strafanstalten doch von vornherein eine anerkannte Einschränkung²⁴⁵.

a 3) Bedenklicher erscheint die Beschränkung der Briefzahl; die Mehrbelastung des Personals bei der Briefkontrolle greift hier als Argument nicht durch: Zwar gehört der vernünftige Einsatz des Personals noch zur guten Ordnung in der Strafanstalt, doch ist es ein allgemeines Prinzip des Verwaltungsrechts, daß die Verwaltung sich nicht von fiskalischen Interessen leiten lassen darf. Steht nicht genügend Personal zur Verfügung, so ist die Zensur auf Stichproben oder auf verdächtige Gefangene zu beschränken²⁴⁶.

bb) Ein Mittel einseitiger Kommunikation des Gefangenen mit der Außenwelt bietet das Grundrecht der Pressefreiheit, wobei unter Presse in diesem Sinne alle Massenkommunikationsmittel zu verstehen sind²⁴⁷.

Niedergelegt in Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG, Art. 18 belg. Verf., Art. 11 Erklärung 1789, Art. 55 SchwBV, kann es auch für den Gefangenen eine erhebliche Rolle spielen, wie die zahlreichen Veröffentlichungen von Gefängnismemoiren zeigen.

Wegen der erforderlichen Organisation von Kontaktaufnahmen bedarf allerdings die Herausgabe einer Gefängniszeitung durch Gefangene der Erlaubnis der Vollzugsverwaltung, und die Gefangenen haben kein Recht auf Erteilung dieser Erlaubnis²⁴⁸.

²⁴⁴ Vgl. OLG Hamburg Hamb. JVB1 1962 S. 29; OLG Saarbrücken, JVB1 1961 S. 166; v. Mangoldt-Klein, GG Art. 10 Anm. VI 1 S. 341, Art. 5 Anm. IX 1 e S. 249. Nur bei gesetzlicher Anordnung halten G. Bach, NJW 1963 S. 1763 f., Struckmann, NJW 1962 S. 621 f. und Spannagel, Diss. S. 103 f., 133 eine Zensur für zulässig. Spannagel a.a.O. S. 102 bezweifelt aber die Notwendigkeit der Zensur. Vgl. auch OLG Bremen NJW 1963 S. 1465 (dazu unten S. 178 in Anm. 307).

²⁴⁵ Vgl. Colliard, Libertés publiques Nr. 259 S. 251. Mit Rücksicht auf den Verfassungsrang des Rechtes auf Verteidigung entgeht jedoch die Korrespondenz des Gefangenen mit seinem Anwalt dieser Zensur, vgl. Colliard a.a.O. mit Nachw.

²⁴⁶ Vgl. v. Münch a.a.O. S. 75; Jäggi, StrafvollzSchw Dez. 1957 S. 6; Pigliaru, Meditazioni S. 25; Baumann, DRiZ 1959 S. 379 f.

²⁴⁷ Vgl. Pinto, Liberté d'opinion S. 7 in Anm. 1; Fleiner-Giacometti, Bundesstaatsrecht S. 364; a. A. v. Mangoldt-Klein, GG Art. 5 Anm. VI 3 S. 245 (bei dieser Auffassung greift aber Art. 5 Abs. 1 S. 1 ein).

²⁴⁸ Vgl. v. Mangoldt-Klein a.a.O. Anm. IX 1 e S. 249.

Ob der Gefangene bereits während seiner Haftzeit Werke publizieren kann, die den Strafvollzug betreffen, ist erheblich umstritten.

Daß die Ordnung in der Strafanstalt ein Anhalten unwahrer oder entstellender Darstellungen des Vollzugslebens rechtfertigt (und daher auch ein generelles Zensurrecht der Vollzugsverwaltung besteht), ist selbstverständlich (vgl. Art. D. 430 Abs. 2). Abgesehen von Gefängniszeitungen (Abs. 3 a.a.O.) verbietet jedoch Art. D. 430 C. p. p., daß vom Gefangenen gefertigte Schriftstücke zum Zwecke der Veröffentlichung oder der Verbreitung in irgendeiner Form die Anstalt außer bei besonderer ministerieller Genehmigung verlassen, und Orvain²⁴⁹ will Ausnahmegenehmigungen nur bei Vorliegen ganz besonderer Umstände zulassen, wenn die Publikation im Interesse des Gefangenen liegt und durch die Art des Manuskriptes als wünschenswert erscheint.

Eine andere Auffassung vom Wesen der Pressefreiheit vertrat das Generalsekretariat des Europarates auf der ersten Sitzung des europäischen Komités für Kriminalprobleme vom 30. 6. bis 3. 7. 1958. Demgegenüber brachten jedoch die Vertreter der einzelnen Staaten die verschiedensten traditionellen Argumente vor, um ein Recht auf Veröffentlichung von Werken über das Gefängnisleben zu verneinen²⁵⁰: es verstoße gegen den Gleichheitssatz, wenn schriftstellerisch begabte Gefangene während der Haftzeit mehr Geld als die übrigen Gefangenen verdienen könnten (Dupréel); die Zulässigkeit der Briefzensur ermögliche auch die Kontrolle und Anhaltung literarischer Werke (Clerc) usw. Das Komité verneinte daher ein Recht auf Veröffentlichung (irgendwelcher) literarischer Werke während der Dauer des Strafvollzuges.

cc) Einen umgekehrten Weg für den Gefangenen, mit der Außenwelt in Verbindung zu bleiben, gewährleistet das Grundrecht der Informationsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG).

Zutreffend sieht Art. D. 431 Abs. 1 C. p. p. in guter Übereinstimmung mit Nr. 39 Minima vor, daß die notwendigen Maßnahmen zu treffen sind, damit die Gefangenen über die wichtigsten Ereignisse informiert und auf dem laufenden gehalten werden. „Zu diesem Zweck kann die Lektüre von Zeitungen und das Anhören von Rundfunksendungen unter den Bedingungen und Vorbehalten genehmigt werden, die von der Zentralverwaltung . . . zur Gewährleistung der Sicherheit und guten Ordnung in den Anstalten getroffen werden.“ (Abs. 2 a.a.O.)

Wenn demgegenüber v. Mangoldt-Klein für das deutsche Recht ausführen, daß sich Strafgefangene aus Presse und Rundfunk nur mit besonderer Erlaubnis unterrichten dürfen²⁵¹, so kann dieser Meinung nur insoweit zugestimmt werden, als in der Tat die Aufrechterhaltung der Ordnung in der Strafanstalt einen Erlaubnisvorbehalt rechtfertigt. Materiell hat der Gefangene jedoch ein Recht auf Information (und damit auf Erteilung der Erlaubnis), so daß man ihm zumindest den Erhalt von Tages-

²⁴⁹ Rapport 1959 S. 54.

²⁵⁰ Vgl. Clerc, SchwZStrafR Bd. 77 (1961) S. 37. Im deutschen Recht sehen OLG Hamburg JVB1 1962 S. 142 und OLG Nürnberg ebda. S. 211 die Gestattung schriftstellerischer Betätigung als bloße Vergünstigung an.

²⁵¹ A.a.O. Art. 5 Anm. IX 1 e S. 249.

zeitungen zugestehen muß²⁵². Praktisch unumgänglich notwendig wird die Zuerkennung dieses Rechtes vor allem bei Aufrechterhaltung der aktiven Wahlfähigkeit (dazu unten S. 173 f.).

„Allgemein zugängliche (Informations-)Quellen“ i. S. d. Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG sind dagegen nicht Gesetzestexte und (Strafgesetzbuchs-)Kommentare, die von den Gefangenen häufig zur Einsicht verlangt werden. Der Charakter des Grundrechts als Abwehrrecht erfährt auch im Strafvollzug keine Umwandlung, so daß ein Recht auf Leistung solcher Information durch die Vollzugsverwaltung nicht besteht²⁵³.

dd) Zahlreiche tatsächliche Beschränkungen des Strafgefangenen ergeben sich für die Rechte, die dieser im Hinblick auf die Familie hat.

Überinstimmend gewährleisten Art. 6 (Abs. 1) GG und die französische Verfassungspräambel von 1946 das Familienleben in seinen verschiedenen Erscheinungsformen als Einrichtungsgarantien, wobei das Grundgesetz sich in sechs Absätzen ausführlich mit dem Eltern- und Schulrecht befaßt.

a 1) Das elterliche Recht auf Erziehung der Kinder (Art. 6 Abs. 2 GG) und das Verbot, Kinder von ihren Eltern zu trennen (Art. 6 Abs. 3 GG) werden durch den Strafvollzug als Freiheitsentziehung faktisch notwendig und damit in zulässiger Weise eingeschränkt²⁵⁴. Ebenso wird das eheliche Gemeinschaftsleben faktisch ausgeschlossen.

²⁵² So auch v. Münch a.a.O. S. 75 bei Anm. 32, 33. Der Bezug informativer Zeitungen kann mit Rücksicht auf Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG auch im Wege der Hausstrafe nicht für längere Zeit untersagt werden. Nr. 182 Abs. 1 Ziff. 2, 3 in Verb. mit Nr. 129 DVollzO ist daher nur im Hinblick auf unterhaltende Zeitschriften rechtsgültig. Die Entscheidung über die Art der Informationsquellen kann grundsätzlich der Gefangene selbst treffen, vgl. BVerfG NJW 1963 S. 755 f. Zweifelhaft daher OLG Celle vom 12. 4. 1962 (VAs 2/62) bei Altenhain, JVB 1962 S. 198, das ein Recht auf Bezug einer bestimmten Zeitung verneint. — Zur Frage der Zulassung von Radiolautsprechern und zum Mißbrauchsgedanken vgl. OLG Hamburg NJW 1962 S. 1633.

²⁵³ Vgl. OLG Celle MDR 1962 S. 924, NdsRpfl 1963 S. 48 betr. Aushändigung einer Vollzugsordnung (unter Berufung auf BVerfG vom 13. 11. 1956 1 BvR 444/55); v. Mangoldt-Klein, GG Art. 5 Anm. V 2 S. 241; vgl. auch OLG Nürnberg JVB 1962 S. 211 (zum Studium von Gesetzestexten); OLG Hamburg NJW 1963 S. 1789–1791, 1790.

²⁵⁴ Vgl. v. Münch a.a.O. bei Anm. 35; Spannagel, Diss. S. 104 f.; Köhl, Diss. S. 100. Bei erziehungsfähigen und erziehungswilligen Eltern von minderjährigen Gefangenen besteht jedoch das aus Art. 6 Abs. 1 GG fließende Recht der Eltern auf Beachtung ihrer grundsätzlichen Erziehungstendenzen und -wünsche. Soweit die Verhältnisse günstig liegen, ist daher eine Zusammenarbeit von Anstalt und Elternhaus geboten. Bereits die erste reichseinheitliche Jugendstrafvollzugsordnung von 1937 hatte in § 9 ausdrücklich bestimmt, daß dem Jugendlichen über den Strafzweck hinaus die Erziehung zuteil werden soll, die der Erziehungsberechtigte wegen und während der Gefangenschaft nicht ausüben kann. Damit war angeordnet, daß die Erziehung im Strafvollzug ihre Begrenzung auch in den Rechten und Pflichten der Erziehungsberechtigten findet. Geht also nur das Recht der tatsächlichen Personensorge auf den strafenden Staat über, so bleibt das elterliche Erziehungsrecht im übrigen bestehen. Entscheidungen, die in ihrer Wirkung über die Strafzeit hinausgehen (Berufswahl, Auswahl der Korrespondenzpartner usw.) sind damit unter Heranziehung der Eltern zu treffen. Vgl. etwa Gertrud Becker, Die Rechtsstellung der Eltern während des Strafvollzuges an Minderjährigen, Diss. Münster 1950 (ohne Berücksichtigung verfassungsrechtlicher Gesichtspunkte) und die Tübinger Diss. von Wilhelm Surwald, Das Erziehungsrecht der Eltern und des Staates nach dem Grundgesetz (1961).

a 2) Eine völlige Trennung des Gefangenen von seiner Familie ist jedoch weder vom Standpunkt des Erziehungsvollzuges wünschenswert noch verfassungsrechtlich zulässig. Vielmehr ist die Aufrechterhaltung der Familienbande in jeder Hinsicht geboten (vgl. Nr. 79 Minima); der Gefangene darf Trauring und Familienlichtbilder behalten (vgl. Art. D. 420 C. p. p.)²⁵⁵ und hat – außer bei Vorliegen besonderer Umstände – ein Recht darauf, von seinem Ehegatten und den nächsten Angehörigen besucht zu werden (vgl. Art. D. 404 Abs. 1 C. p. p.)²⁵⁶.

Eine Überwachung der Besuche wird zunächst zur Verhinderung der Ausarbeitung von Fluchtplänen erforderlich sein, und zwar auch dann, wenn man den Prozentsatz der Ausbruchsverdächtigen verhältnismäßig niedrig ansetzt. Zwar gilt im Polizeirecht allgemein der Satz, daß die Verwaltung nicht in die Rechtssphäre des Einzelnen eingreifen darf, nur um sich die Aufsicht zu erleichtern²⁵⁷, doch ergibt sich diese Forderung erst aus der Beschränkung der Polizei auf die Abwendung unmittelbar bevorstehender Gefahren. Der Freiheitsentzug und seine erzieherische Funktion lassen demgegenüber eine verstärkte Überwachungstätigkeit auch im Hinblick auf den einzelnen Gefangenen zu. Allerdings sollte die Überwachung der Besuche besonders unauffällig vor sich gehen (vgl. im einzelnen Art. D. 405 C. p. p., Nr. 143 Abs. 2 DVollzO). Die Hinzuziehung eines Beamten, der die Gespräche mit anhören kann, gerät zwar in Konflikt mit dem Recht auf Wahrung der Intimsphäre und dem Recht am gesprochenen Wort, die das deutsche Recht als Ausfluß des Art. 2 Abs. 1 GG anerkennt²⁵⁸; es soll auch nicht geleugnet werden, daß eine vertrauliche, ungehinderte Aussprache des Gefangenen mit einem Dritten der Entwicklung des Häftlings häufig günstig sein kann. Verfassungsrechtlich erscheint jedoch das gesprochene Wort nicht stärker geschützt als das geschriebene: die für die Überwachung des Briefverkehrs angeführten Gründe müssen daher auch hier durchschlagen.

Ein Gebot der Menschlichkeit ist es, die nahen Familienangehörigen unverzüglich zu benachrichtigen, wenn ein Gefangener verstorben, lebens-

²⁵⁵ Zu sehr beschränkend Nr. 51 Abs. 2 S. 3 DVollzO (Sollvorschrift für Ehe- ringe) und a.a.O. S. 2 (Kannvorschrift für Familienlichtbilder).

²⁵⁶ Die Zulassung von Besuchen durch andere Personen kann entgegen Sp a n n a g e l, Diss. S. 99 ff., nicht völlig in Übereinstimmung mit dem zum Korrespondenzrecht Ausgeführten gelöst werden. Die Beschränkung der Häufigkeit der Besuche rechtfertigt sich ohne weiteres aus der Aufrechterhaltung von Ordnung und Sicherheit (so auch Sp a n n a g e l a.a.O. S. 99; J ä g g i a.a.O. S. 6). Unzutreffend erscheint es, den Besucherkreis nur insoweit zu beschränken, als die Erziehung des Gefangenen nicht gefährdet wird (so aber Sp a n n a g e l a.a.O.). Die mangelnden Nachforschungsmöglichkeiten der Vollzugsverwaltung rechtfertigen es vielmehr, generell eine Nützlichkeit des Besuches für die Resozialisierung zu verlangen. Es erscheint daher zutreffend, wenn Art. D. 412 C. p. p. den Art. D. 404 Abs. 2 C. p. p. („Ausnahmsweise . . . kann er von anderen Personen besucht werden.“) dahin ergänzt, daß ein Interesse an der Unterhaltung mit dem Gefangenen nachgewiesen werden muß (ebenso Nr. 11 Abs. 1, 139 Abs. 3 DVollzO). Weitergehend läßt allerdings z. B. Art. 91 argentin. Ley Penitenciaria allgemein (Briefs- und Besuchsverkehr durch Verwandte und Bekannte zu. Zu den Besuchen durch An- wälte vgl. unten S. 178).

²⁵⁷ Hierauf stützt sich besonders Sp a n n a g e l, Diss. S. 102.

²⁵⁸ Vgl. oben S. 141 und BGHZ 27 S. 284–291, 285 f.

gefährlich erkrankt oder in eine psychiatrische Anstalt oder Abteilung eingewiesen worden ist oder auch einen schweren Unfall erlitten hat (vgl. Art. D. 427 Abs. 1 C. p. p.). In ähnlichen Fällen wird man dem Gefangenen auch, soweit es die Sicherheitserfordernisse zulassen, ein Recht auf Beurlaubung zum Besuch schwer erkrankter Familienmitglieder usw. zustehen müssen²⁵⁹.

a 3) Ein nicht nur menschliches Problem ist die Frage der Sexualnot des Gefangenen, und eine umfangreiche Literatur erörtert, ob es eigentlich zutreffend ist, von einer solchen zu sprechen²⁶⁰.

Rechtlich ist davon auszugehen, daß der Freie ein Recht auf ein Geschlechtsleben hat²⁶¹, wenngleich sich dieses in legalen Bahnen vollziehen sollte (muß). Ohne Zweifel wird dieses Recht durch den Strafvollzug praktisch ausgeschlossen, was bekanntlich zu mancherlei sexuellen Verirrungen führt.

Zur Lösung des Problems bieten sich neben einer zweckmäßigen Gestaltung des Tagesablaufes und der Ernährung im Gefängnis mehrere Möglichkeiten an. Viel diskutiert ist das in Argentinien und anderen südamerikanischen Staaten mit Erfolg praktizierte und in Mexiko bereits im Jahre 1924 begonnene Beispiel: Es wird dem Gefangenen erlaubt, in gewissen Abständen die Ehegattin zur Erfüllung des ehelichen Verkehrs kommen zu lassen. Dieser „visita conyugal“ dient ein bestimmter Teil des Gefängnisses, der ebenso den Gesichtspunkten der Diskretion wie denen der Sicherheit im Hinblick auf die Vorbereitung von Fluchtplänen dient. Ein solcher Besuchsverkehr wird (in Argentinien, anders in Mexiko, Corrientes und Tucuman) nur für verheiratete Männer zugelassen, und die Ehefrau wird einer genauen Identitätsprüfung unterworfen²⁶². Eine weitere Lösungsmöglichkeit bietet die Behandlung mit Hormonen²⁶³. Am glücklichsten und mit geringen organisatorischen Schwierigkeiten verbunden ist demgegenüber das in Europa üblichere System, dem Gefangenen gelegentlich Urlaub zum Besuch der Familie zu gewähren. Doch dürfte es sich hierbei mehr um eine von der Vollzugsverwaltung gewährte Vergünstigung als um ein echtes subjektives Recht des Gefangenen handeln.

a 4) Umstritten ist, ob der Gefangene während seiner Haftzeit eine Ehe schließen kann. Art. 6 Abs. 1 GG (entsprechend Art. 54 SchwBV,

²⁵⁹ Vgl. (für das deutsche Recht) OLG Oldenburg (1. StrS) vom 31. 10. 1961 (1 VAs 7/61) (unveröffentlicht) und vom 28. 12. 1961 (1 VAs 11/61) (unveröffentlicht).

²⁶⁰ Vgl. Mittermaier, Gefängniskunde S. 115 f. mit Nachw. in Anm. 7, S. 139; eingehend Cuello Calón, Penología S. 500 ff. mit Nachw.; Werner Gentz, Das Sexualproblem im Strafvollzuge, ZStW Bd. 50 (1939) S. 406–427; G. Kröpp, Zum Sexualleben der Gefangenen, BlGefK Bd. 63 (1932) S. 474–487.

²⁶¹ Vgl. Marquiset, Droits naturels S. 59.

²⁶² Vgl. im einzelnen Cannat, Revpénit Bd. 77 (1953) S. 558 f.; zum Erfolg dieses Systems: Victorio Canepa, Questão sexual nas prisões, Revpen Bd. 19 (1954) S. 407 f. Über die ähnliche Lösung des Problems im Londoner New Gate Gefängnis zu Anfang des 19. Jahrhunderts und schon früher im Amsterdamer Zuchthaus vgl. Cuello Calón a.a.O. S. 503 bei Anm. 1 und in Anm. 6.

²⁶³ Vgl. dazu R. Colombo, Contribución al problema sexual carcelaria, Actes du II^e Congrès International de Criminologie (Paris 1950) Bd. V S. 143 ff., 409.

Art. 12 Rom-Konvention) gewährleistet generell jedem Bürger ein echtes subjektives Recht auf Eingehung und Gründung einer Familie²⁶⁴. Ob das Gefangenschaftsverhältnis dieses Recht beschränken kann, ist besonders vom Comité für Strafrechtsprobleme des Europarates diskutiert worden. Dieses hat sich im Ergebnis für ein Vetorecht der Verwaltung entschieden und ist damit der belgischen und französischen Praxis gefolgt, während die Vertreter der Türkei, Italiens und der Schweiz zu Recht geltend machten, daß die Heiratshindernisse in den Zivilgesetzbüchern abschließend aufgeführt sind²⁶⁵. Die endgültige Fassung der Europa-Resolution von 1961 sieht ein Heiratsrecht unter der Bedingung vor, daß die Eheschließung nicht gegen die Ziele des Erziehungsvollzuges verstößt und ferner nicht ohne Schaden bis zur Haftentlassung aufgeschoben werden kann. Damit wird die Entscheidung über die Zweckmäßigkeit des Eheschlusses völlig in das Ermessen der Verwaltung gestellt. Die Begründung Clercs, es sei damit nicht ein Heiratshindernis aufgestellt, sondern nur eine Verschiebung des Heiratstermins gewollt, erscheint nicht gerade sehr überzeugend²⁶⁶.

Auch Art. D. 424 Abs. 1 C. p. p. sieht ein Genehmigungserfordernis vor, wobei nicht ganz klar wird, in welchen Fällen diese Genehmigung versagt werden kann. Immerhin bietet die Entscheidungskompetenz des Vollzugsrichters (vgl. Art. D. 424 Abs. 2 C. p. p.) eine gewisse Sicherung gegen die Überbewertung der Interessen des Vollzuges; auch bezieht sich die Genehmigung nach dem Wortlaut der Vorschrift nur auf die Erledigung der notwendigen Formalitäten und eine eventuelle Ausführung des Gefangenen. Sollte das Genehmigungserfordernis daher nur der ordentlichen Durchführung dieser Äußerlichkeiten dienen²⁶⁷, so ist hiergegen natürlich nichts einzuwenden. Die französische Praxis bejaht jedoch (ebenso wie die belgische) weiterhin ein Recht der Verwaltung, eine Prognose für die Eingehung der Ehe aufzustellen, die Erlaubnis aus moralischen oder pädagogischen Erwägungen abzulehnen und damit den Eheschluß ebenfalls zum Gegenstand des Erziehungsvollzuges zu machen.

In Deutschland bejaht dagegen die ganz herrschende Meinung (ähnlich ein Teil der Rechtslehre in der Schweiz) aus verfassungsrechtlichen Gründen ein subjektives Recht des Gefangenen auf Eingehung der Ehe und weist darauf hin, daß insbesondere die Nichtvollziehbarkeit der ehelichen Ge-

²⁶⁴ Vgl. Maunz-Dürig, GG Art. 1 Randn. 65; a. A. v. Mangoldt-Klein, GG Art. 6 Anm. III 3 S. 266 f. In der Schweiz wird die „Ehefreiheit“ sowohl als Instituts- und institutionelle Garantie als auch als subjektiv-öffentliches Recht aufgefaßt, vgl. Fleiner-Giacometti, Bundesstaatsrecht S. 428 ff. Den Grundrechtsscharakter des Art. 6 Abs. 1 bejaht auch BVerfG NJW 1962 S. 437-442, 437.

²⁶⁵ Vgl. Clerc, SchwZStrafR Bd. 77 (1961) S. 38; ebenso bereits Jacomella a.a.O. S. 28.

²⁶⁶ Clerc a.a.O.; dagegen schon Tiedemann, JZ 1962 S. 247.

²⁶⁷ So nachdrücklich Orvain, Rapport 1959 S. 52: „Die Entscheidung über die Heirat steht dem Gefangenen zu und kann nicht von der Vollzugsverwaltung überprüft werden.“

meinschaft für den Eheschluß selbst kein Hindernis bedeutet²⁶⁸. Die Trauung selbst kann während der Besuchszeit vorgenommen werden; das Öffentlichkeitsgebot des Art. 116 SchwZGB wird dadurch nicht verletzt. Selbstverständlich kann die Vollzugsverwaltung nach ihrem Ermessen auch Ausführung gewähren, damit die Trauung auf dem Standesamt stattfinden kann.

g) Das Recht des Gefangenen auf freie Entfaltung der Persönlichkeit

Das Grundgesetz schützt in Art. 2 Abs. 1 nach herrschender Meinung die allgemeine Handlungsfreiheit in einem umfassenden Sinne²⁶⁹, und ähnlich statuiert Art. 4 Erklärung 1789, daß alles zu tun erlaubt ist, was nicht anderen schadet, und Art. 5 S. 2 ergänzt diese Regelung dahin, daß nichts verhindert werden kann, was nicht vom Gesetz verboten ist, daß niemand zu etwas gezwungen werden kann, was das Gesetz nicht gebietet.

Verschiedentlich wird im deutschen Schrifttum hervorgehoben, auch im Gefangenschaftsverhältnis behalte der Einzelne das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit²⁷⁰, und auch in Frankreich wird häufig betont, der Gefangene bewahre sich ein Recht auf eine gewisse persönliche Freiheit²⁷¹.

Es handelt sich hierbei jedoch im wesentlichen um eine Reihe individueller Tätigkeiten – wie Sport, Schachspiel, Basteln, Briefmarkenaustausch –, deren Gestattung oder Versagung das wertvollste Erziehungsmittel darstellt. Insoweit hat der Gefangene nur den generellen Anspruch, daß über seine Anträge sachlich richtig entschieden wird; die Gewährungen sind weniger Ausfluß seiner Rechtsstellung als vielmehr tatsächlich gewährte Vorteile. Ein direkter Rechtsanspruch auf diese Vergünstigungen besteht nicht²⁷².

Soweit es sich um tägliche Spaziergänge, eine beschränkte Ausschmückung der Zelle, eine gewisse Freizeit usw. handelt, sind die Ansprüche des Gefangenen hierauf mehr Ausfluß anderer Grundrechte, wie des Rechtes auf

²⁶⁸ Vgl. OLG Hamm JVB1 1961 S. 188; OLG Celle NJW 1961 S. 692 = MDR 1961 S. 340 = DÖV 1961 S. 269 (anders aber für zu lebenslanger Freiheitsstrafe Verurteilte); OLG Saarbrücken JBl Saarl. 1961 S. 129 f.; v. Münch a.a.O. S. 75; Köhl, Diss. S. 101 bei Anm. 13 (unter Berufung auf die Menschenwürde); Jacomella a.a.O. S. 28 f.; wohl auch Zürcher, in Hafner-Zürcher S. 105; a. A. Spannagel, Diss. S. 108; Jäggi a.a.O.; Schw BG 10 S. 327 ff., 330 (aber nur hinsichtlich der Frage, ob die tatsächliche Möglichkeit zur Eheschließung gewährt werden muß).

²⁶⁹ Vgl. BVerfG 6 S. 32–45, 36 f.; Maunz-Dürig, GG Art. 2 Abs. 1 Randn. 11; a. A. von Mangoldt-Klein, GG Art. 2 Anm. III 3, 5 b S. 167 ff.

²⁷⁰ So z. B. Peters, JR 1951 S. 753 und in RSC Bd. 22 (1962) S. 486; von Mangoldt-Klein a.a.O. Vorbem. B XVI 5 S. 137; a. A. z. B. Hild, Krüger, ZBR 1956 S. 311; Zürcher, in Hafner-Zürcher S. 95; Leopold, Bewährungshilfe 1962 S. 90.

²⁷¹ So z. B. Khosravi, Diss. S. 163 f.; Mouakeh, Diss. S. 47 f. (aber mehr aus erzieherischen Erwägungen heraus).

²⁷² Vgl. OLG Oldenburg (1. StrS) vom 4. 12. 1961 (1 VAs 8/61) (unveröffentlicht); Vernet, Respect de la personne S. 10 f.; richtig daher Art. D. 246, 448 C. p. p.; Nr. 62 DVollzO.

Gesundheit, Aufrechterhaltung der Familienbande oder der Wahrung der Menschenwürde.

Die Bedeutung des Grundrechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit liegt daher für den Strafvollzug im wesentlichen darin, daß dieser den Persönlichkeitskern nicht angreifen oder zerstören darf und den Gefangenen vor Nachteilen der geistig-seelischen Entwicklung schützen muß. Insbesondere dürfte die Unterbringung in unzulänglichen, überfüllten Anstalten dem Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit und der Menschenwürde widersprechen²⁷³.

4. Die politischen Grundrechte des Einzelnen sind Ausdruck seines Status als Bürger; sie ermöglichen eine aktive Teilnahme am Prozeß der staatlichen Willensbildung, werden jedoch in den Staaten mit Repräsentativsystem meist nur bei den politischen Wahlen effektiv wirksam. Ebenso wie die sozialen Grundrechte verlangen auch die politischen Rechte nach ihrer Natur eine Konkretisierung durch die ordentliche Gesetzgebung, da in den modernen Massenstaaten eine Teilnahme des Einzelnen an der Ausübung (und Bildung) öffentlicher Gewalt nicht ohne Organisation des Partizipierungsvorganges erfolgen kann. Inwieweit die staatliche Gesetzgebung den status activus des Verurteilten beeinträchtigt, ist eine Frage des kriminalpolitischen Ermessens. Eine eigentliche Demütigung oder gar eine Brandmarkung – erst dadurch würde gegen die Menschenwürde verstoßen werden²⁷⁴ –, kann hierin nicht gesehen werden. Es sollte jedoch berücksichtigt werden, daß der Verlust oder die Beschränkung dieses Status eine Ehrenstrafe darstellt, die der Resozialisierung des Verurteilten im allgemeinen eher schädlich als nützlich ist²⁷⁵.

a) Das aktive Wahlrecht des Gefangenen

Allen politischen Grundrechten voran steht das aktive Wahlrecht (vgl. Art. 38 Abs. 2 GG, Art. 3 Abs. 4 französische Verf.), das sich nicht nur auf die periodische Neubildung der obersten Gesetzgebungsorgane bezieht, sondern auch die Konstituierung unterstaatlicher Volksvertretungen umfaßt. Es ist somit Ausdruck der Befugnis, bei der Wahl der Volksrepräsentanten mitzuwirken.

²⁷³ Vgl. Peters, Kriminalpädagogik S. 205, 262 in Anm. 478 und in RSC Bd. 22 (1962) S. 486. Daß Art. 2 Abs. 1 GG sich gegen jede Vermassung wendet, ist allgemein anerkannt, vgl. etwa Maunz, Staatsrecht S. 100.

²⁷⁴ Vgl. Maunz-Dürig, GG Art. 1 Randn. 30; Esser, Ehrenstrafe S. 95, 112; Gallas, Referat auf der 3. Arbeitstagung der Großen Strafrechtskommission (23. – 26. 11. 1954), zit. nach Dreher, ZStW Bd. 67 (1955) S. 229 sowie Leitsatz I der Kommission (ebda S. 234); auch OLG Köln NJW 1963 S. 1748 ff.

²⁷⁵ Vgl. Peters, Rehabilitation S. G 13 f. (aber nur für die nachwirkenden Ehrenstrafen; für das Institut der Ehrenstrafen selbst noch zustimmend in JR 1951 S. 752, einschränkend auch Gallas a.a.O. S. 230, der aber während der Strafhafteinrichtung ein Wahlrecht zuläßt [so auch Leitsatz VI der Kommission a.a.O. S. 235]). Für Verlust des Wahlrechtes bei Zuchthausstrafe und bei Verurteilung wegen gewisser Delikte mit politischem Einschlag Lackner, zit. nach Dreher a.a.O. S. 231 ff. Weitergehend nachdrücklich H. Mayer, Strafrecht S. 377 und Esser a.a.O. S. 118 f., 123 f.

Die Aufrechterhaltung der aktiven Wahlfähigkeit des Strafgefangenen ist Beispiel einer Auffassung, die auch den Kriminellen als nicht außerhalb der Gesellschaft gestellt sieht. Diese moderne Konzeption hat sich in dieser Hinsicht bereits in vier Staaten des Europarates durchgesetzt, zu denen auch die Bundesrepublik Deutschland zählt. Sie hat ferner das europäische Comité für Kriminalprobleme dazu geführt, generell ein Recht des Gefangenen auf aktive Teilnahme an den politischen Wahlen anzuerkennen²⁷⁶. Voraussetzung hierfür ist selbstverständlich (vgl. Art. 4 Europa-Resolution 1961), daß der Verurteilte nicht durch Gesetz oder Richterspruch ausdrücklich des Wahlrechtes beraubt ist (vgl. § 34 Nr. 2 StGB, § 13 Nr. 2 Bundeswahlgesetz vom 7. 5. 1956) und daß die nationale Gesetzgebung eine Modalität der Wahl ohne persönliches Erscheinen in einem allgemeinen Wahllokal vorsieht; ein Recht auf Einrichtung solcher Modalitäten gibt Art. 4 der Resolution dem Gefangenen nicht²⁷⁷: Das zugestandene Wahlrecht gewährt also nicht auch das Recht, seine Ausübbarkeit zu verlangen²⁷⁸.

a 1) In Frankreich bestimmt sich die aktive Wahlfähigkeit allgemein nach Alter (21 Jahre) und Staatsangehörigkeit (vgl. Art. 3 Abs. 4 Verf.). Wahlunfähig sind bestimmte Personengruppen aus geistigen und sittlichen Gründen; unter die moralische Unwürdigkeit fallen auch bestimmte Strafgefangene (vgl. Ordonnance vom 4. 8. 1945):

Zunächst führt jede Verurteilung zu mehr als drei Monaten Gefängnis zu einem endgültigen Verlust des Wahlrechts. Dieselbe Wirkung haben ohne Rücksicht auf ihre Dauer Verurteilungen wegen bestimmter Delikte (Diebstahl, Betrug, Untreue, Sittlichkeitsdelikte, Abgabenhinterziehung). Ausgenommen sind insbesondere alle Fahrlässigkeitstaten sowie nur mit Geldstrafe bedrohte Delikte. In allen übrigen Fällen tritt ein fünfjähriger Verlust des Wahlrechts bei Verhängung einer Freiheitsstrafe von mehr als 2 Monaten (bei Strafaussetzung zur Bewährung: von mehr als 6 Monaten) ein (vgl. Art. 18bis Gesetz vom 9. 5. 1951).

Alle von diesen Rechtsverlusten nicht betroffenen Strafgefangenen behalten zwar ihr aktives Wahlrecht, können es jedoch während der Dauer ihrer Gefangenschaft nicht ausüben²⁷⁹. Warum den Gefangenen die Möglichkeit der Briefwahl, wie sie für Seeleute, Soldaten, Kranke und im Ausland befindliche Franzosen besteht²⁸⁰, nicht gewährt wird, ist rechtlich nicht ganz ersichtlich. Es dürfte dies mit dem bereits oben S. 157 erkannten Bestreben der französischen Vollzugsverwaltung zusammenhängen, den Ge-

²⁷⁶ Vgl. Clerc, SchwZStrafR Bd. 74 (1959) S. 434; ebenso bereits früher Gr. Wolff, Strafvollzug S. 46.

²⁷⁷ Vgl. Clerc, SchwZStrafR Bd. 77 (1961) S. 40; ähnlich bereits Zürcher, in Hafner-Zürcher, S. 106.

²⁷⁸ Demgegenüber statuierte § 89 EinlALR als „allgemeinen Rechtsgrundsatz“ (OVG Hamburg MDR 1958 S. 951): „Wem die Gesetze ein Recht geben, dem bewilligen sie auch die Mittel, ohne welche dasselbe nicht ausgeübt werden kann.“ Einen Anspruch des Staatsbürgers auf Einführung der Briefwahl durch den Gesetzgeber verneint BVerfG 12 S. 139–143, 142 auch für den Wahlberechtigten, der aus einem in seiner Person liegenden Grunde unfreiwillig sein Wahlrecht im Wahllokal nicht ausüben kann.

²⁷⁹ Vgl. Burdeau, Droit constitutionnel S. 427.

²⁸⁰ Vgl. Burdeau a.a.O. S. 428; J.O. vom 22. 3. 1962.

fängenen möglichst völlig vom politischen Leben auszuschließen. Mit dem Geist der Europa-Resolution von 1961 erscheint diese Regelung kaum vereinbar: „Wenn das Gesetz eine Ausübung des Wahlrechtes ohne persönliches Erscheinen im Wahllokal vorsieht, ist diese Möglichkeit auch dem Gefangenen zuzuerkennen, vorausgesetzt, daß er nicht durch Gesetz oder Richterspruch seines Wahlrechtes beraubt ist.“ (Art. 4)

a 2) In Belgien entfällt eine Teilnahme der Gefangenen an politischen Wahlen für die meisten Verurteilten bereits auf Grund der Art. 6–9 Code électoral. Aber auch die übrigen Strafgefangenen werden als durch höhere Gewalt an der Ausübung des Wahlrechtes verhindert angesehen²⁸¹.

Insoweit hängt Belgien ebenfalls weiterhin der klassischen Auffassung an, die in der Verletzung der sozialen Regeln durch den Kriminellen einen genügenden Grund für die Verhinderung der Ausübung seines Wahlrechtes sieht.

a 3) Für die Schweiz erscheint die Formel der Europa-Resolution bereits als ein rechtliches Maximum, ist doch selbst das Wahlrecht der Frauen in den meisten Kantonen noch nicht anerkannt.

Allerdings bleibt das aktive Wahlrecht mangels ausdrücklicher Entziehung bestehen; der Gefangene kann es daher, soweit die Möglichkeiten dazu geschaffen werden, von der Strafanstalt aus wahrnehmen²⁸²; ein Recht auf Ausführung zu diesem Zweck steht ihm nicht zu.

a 4) In Deutschland bestimmt sich das aktive Wahlrecht ebenfalls durch gewisse persönliche Mindestanforderungen für eine gemeinschaftsgemäße Wahlentscheidung. Man muß die deutsche Staatsangehörigkeit und ein gewisses Alter (21 Jahre) haben (vgl. Art. 38 Abs. 2 GG, § 12 Bundeswahlgesetz 1956).

Zum Verlust des Wahlrechtes führen die strafrechtliche Bescholtenheit²⁸³ – jedoch nur in der Form des Verlustes der bürgerlichen Ehrenrechte²⁸⁴, vgl. § 34 Nr. 2 StGB, § 13 Nr. 2 Bundeswahlgesetz 1956 –, der Verlust der Fähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter und die Aberkennung des Wahlrechtes durch Richterspruch (vgl. Bundeswahlgesetz a.a.O.).

Auch für Deutschland ist in diesen Aberkennungen kein Verstoß gegen das Prinzip der allgemeinen Wahl (vgl. Art. 38 Abs. 1 GG) zu sehen, handelt es sich doch um Rechtsverluste, die nur bei schweren Delikten eintreten. In diesen Fällen aber ist es eine staats- und strafrechtliche Notwendigkeit, die Gemeinschaft davor zu schützen, daß gewisse Rechtsbrecher

²⁸¹ Cornil, SchwZStrR Bd. 74 (1959) S. 12, 14.

²⁸² Jacomella a.a.O. S. 28; Jäggi a.a.O. S. 5.

²⁸³ v. Mangoldt-Klein, GG Art. 38 Anm. III 2 c S. 879.

²⁸⁴ Dieser hat die Bedeutung einer Statusstrafe: Die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte führt zu einer Veränderung der öffentlichen Rechtsfähigkeit, vgl. Peters, Kriminalpolitische Stellung S. 110 bei Anm. 1; Esser a.a.O. S. 91.

durch Ausübung des Wahlrechts das soziale Leben weiterhin mitbestimmen²⁸⁵.

b) Das passive Wahlrecht des Gefangenen

Die Erhaltung der passiven Wahlfähigkeit berührt demgegenüber in keiner Weise die Ordnung in den Strafanstalten. Wo das passive Wahlrecht dem Gefangenen nicht ausdrücklich abgesprochen ist, bleibt es voll erhalten. Das Problem, ob die Wahl in eine gesetzgebende Körperschaft ein Recht auf Entlassung oder Ausführung aus der Strafanstalt gibt, ist eine Frage der parlamentarischen Immunität²⁸⁶.

a 1) In Frankreich schließt Art. 5 der Ordonnance Nr. 58-998 vom 24. 10. 1958 für die Parlamentswahl die Kandidatur der zu Freiheitsstrafen Verurteilten aus, und zwar hinsichtlich der zeitigen Freiheitsstrafen für die doppelte Dauer der verhängten Strafe. Für alle übrigen Fälle beseitigt Art. 5 des Gesetzes vom 30. 3. 1955 die Wählbarkeit der wegen Verbrechens und bestimmter Vergehen (Betrug, Untreue, Sittlichkeitsdelikte u. a. m.) Verurteilten. Dagegen berührt vor allem die Bestrafung wegen Fahrlässigkeitstaten auch die passive Wahlfähigkeit nicht (vgl. Art. 17 Gesetz 1955).

a 2) Für Belgien schließt der Code électoral a.a.O. auch die passive Wahlfähigkeit der meisten Verurteilten aus.

a 3) In Deutschland bestimmt sich die passive Wahlfähigkeit der Gefangenen entsprechend ihrer aktiven Wahlfähigkeit (vgl. § 16 Bundeswahlgesetz 1956; ebenso die Regelung in der Schweiz²⁸⁷). In dieselbe Richtung gehen die Landeswahlgesetze von Baden-Württemberg, Berlin, Bremen, Hamburg, Nordrhein-Westfalen und Rheinland-Pfalz, sehen jedoch zum Teil die Genehmigung der höheren Vollzugsbehörde vor.

c) Eine Teilnahme an Wahlen zu den Berufsorganisationen schließt Belgien ebenfalls aus. Für Frankreich ist die Wahlfähigkeit für die Gewerkschaften fraglich, da die Zugehörigkeit zu diesen nach dem Gesetz vom 21. 3. 1884 an die tatsächliche Berufsausübung geknüpft ist; für die übrigen Berufsorganisationen hängt der Einfluß der Gefangenschaft auf das Wahlrecht von den internen Statuten ab, während die Teilnahme an Wahlen zu den Handelskammern schlechthin ausgeschlossen ist. Darüber hinaus sieht eine Enumerativliste in Art. 1 des Gesetzes vom 19. 2. 1908 und Art. 2 des Gesetzes vom 14. 1. 1933 bei gewissen Verurteilungen den Verlust des Wahlrechtes vor.

²⁸⁵ Vgl. Depenbrock, Diss. S. 143. Folgerichtig ließ das Bundeswahlgesetz von 1956 daher die Ausübung des aktiven Wahlrechtes durch die Strafgefangenen im übrigen zu, und zwar durch das Mittel der Briefwahl (§ 36 a.a.O.). Dagegen schlossen zahlreiche Länder (Baden-Württemberg, Bayern, Berlin, Bremen, Hessen, Niedersachsen, Rheinland-Pfalz, Saarland) die Ausübung des Wahlrechtes zu den Landtagen aus.

²⁸⁶ Vgl. Jacobi, ZStW Bd. 50 (1930) S. 399 f.; Zürcher, in Hafner-Zürcher S. 106 (mit Hinweis auf den Fall Graber vom Juni 1913).

²⁸⁷ Vgl. Jacomella a.a.O. S. 28; Jäggi a.a.O. S. 5.

Ähnlich ist die Rechtslage in Deutschland. Auch hier hängt die Wahlfähigkeit im Hinblick auf Gewerkschaften, Arbeitgeberverbände, Industrie- und Handelskammern von den Statuten ab²⁸⁸.

5. Die zivilrechtliche Stellung des Gefangenen bleibt weitgehend erhalten, da auch der zu Freiheitsstrafe Verurteilte als Rechtssubjekt Träger von Rechten und Pflichten bleibt und, abgesehen von den allgemeinen Vorschriften der Zivilgesetzbücher auch seine volle Geschäftsfähigkeit behält (vgl. Art. 6 a Europa-Resolution 1961)²⁸⁹.

Nach der Abschaffung des zivilen Todes im französischen und ähnlichen Regelungen im deutschen Recht – wie etwa der Unfähigkeit zur Verfügung über das Vermögen gem. Art. 7 und 10 bayerisches Strafgesetzbuch vom 6. 5. 1813 – bedarf es ausdrücklicher Normen, soll der Strafgefangene eines zivilen Rechtes oder dessen Ausübung rechtlich verlustig gehen (vgl. Art. D. 321 C. p. p.). Eine solche ausdrückliche Vorschrift findet sich etwa in Art. 371 SchwZGB, nach dem „jede mündige Person, die zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr oder darüber verurteilt worden ist“, „unter Vormundschaft gehört“. Es handelt sich hierbei nicht um eine Ehrenstrafe oder um eine Ehrenfolge der Freiheitsstrafe, sondern um eine auf den Tag des Strafantritts datierte Schutzmaßnahme²⁹⁰. Der materielle Grund für diese Anordnung ist die – in jedem Rechtskreis bestehende – tatsächliche Beschränkung in der Ausübung ziviler Rechte, die sich aus der Entziehung der Freiheit naturgemäß und notwendig ergibt.

a) Eines der Grundprinzipien des Schuldrechtes ist die Vertragsfreiheit, niedergelegt in Art. 6 C. c. und für Deutschland aus Art. 2 Abs. 1 GG und § 305 BGB ableitbar²⁹¹.

Für Geschäfte außerhalb der Strafanstalt gibt die weithin, nämlich für alle nicht-höchstpersönlichen Akte zulässige Möglichkeit der Stellvertretung einen praktischen Ersatz für die aus der Aufhebung der Fortbewegungsfreiheit des Gefangenen folgende praktische Einschränkung der (von ihm selbst auszuübenden) Vertragsfreiheit (vgl. Art. 6 b Europa-Resolution). Dagegen wird dem Gefangenen im französischen (ähnlich wie im schweizerischen) Recht die gesamte Vermögensverwaltung genommen und einem Vormund (tuteur) überlassen, wenn er in der Geschäftsfähigkeit durch Strafurteil beschränkt ist (vgl. Art. 29 C. p.). Diese interdiction légale tritt kraft Gesetzes ein bei Verurteilung zu affliktiven und infamierenden Strafen. Im Gegensatz zu der ähnlichen Regelung in der Schweiz hat diese Rechtsbeschränkung in Frankreich Strafcharakter, da das Gesetz zugleich

²⁸⁸ Einen Ausschluß durch die staatliche Gesetzgebung hält Gallas aa.O. S. 230 für unzulässig, da „der Gesichtspunkt der Reinhaltung gewisser Kreise und Berufsstände . . . mit der Funktion der Strafe nichts zu tun“ habe.

²⁸⁹ Vgl. Esser aa.O. S. 89.

²⁹⁰ Vgl. Jacomella aa.O. S. 29; Zürcher, in Hafner-Zürcher S. 101. Nach deutschem Recht kommt die Bestellung eines Pflegers gem. § 1911 Abs. 2 BGB etwa in Frage, wenn der Gefangene keinen Bevollmächtigten findet.

²⁹¹ Vgl. Maunz-Dürig, GG Art. 2 Abs. 1 Randn. 53 mit Nachw. Ähnlich leitet die schweizerische Rechtslehre die Vertragsfreiheit aus Art. 31 Abs. 1 BV (Handels- und Gewerbefreiheit) ab, vgl. Fleiner-Giacometti, Bundesstaatsrecht S. 244 in Anm. 21.

verbietet, dem Verurteilten auch nur einen Teil seiner Güter oder Einkünfte zukommen zu lassen (vgl. Art. 31 C. p.)²⁹². Seit Art. 3 der Ordonnance 58–1298 vom 23. 12. 1958 wird die interdiction légale während der bedingten Entlassung nicht mehr angewandt.

Für das Leben im Gefängnis selbst verbieten die meisten Vollzugsvorschriften generell sowohl Geschäfte der Gefangenen untereinander als auch zwischen Gefangenen und Anstaltspersonal²⁹³. Diese Beschränkung ergibt sich zwar nicht aus dem Verbot rechtsgeschäftlichen Verstoßes gegen die guten Sitten²⁹⁴, wohl aber aus dem Erfordernis der Aufrechterhaltung einer strengen Ordnung.

b) Daß die Eigentumsrechte (Art. 14 Abs. 1 GG, Art. 17 Erklärung 1789) dem Gefangenen erhalten bleiben, wurde bereits oben S. 142 dargelegt. Der generelle Entzug des unmittelbaren Besitzes ist durch die Funktion des Strafvollzuges gerechtfertigt. Aus der Verbindung der Eigentumsgarantie mit anderen Grundrechtsgewährleistungen ergibt sich jedoch, daß der Gefangene neben Ehering, Familienlichtbildern u. ä. z. B. auch grundlegende religiöse Werke wie die Bibel behalten darf. Ein Erlaubnisvorbehalt für die Verfügung des Gefangenen über seine (in Verwahrung genommene) Habe erscheint in den engen Grenzen der Nr. 103 S. 3 DVollzO aus Gründen der Erziehung und der Fürsorge für den Gefangenen als zulässig.

Auch das Erbrecht (Art. 14 Abs. 1 GG) und die Testierfähigkeit (Art. 901 f. C. c.; § 2229 BGB) bleiben gewährleistet²⁹⁵, und zwar auch für die in der Geschäftsfähigkeit infolge strafgerichtlicher Verurteilung Beschränkten des französischen Rechts (interdits légaux), da diese Beschränkung mit dem Tode aufhört²⁹⁶. Dagegen kann der von der doppelten Unfähigkeit, unentgeltlich zu verfügen und zu empfangen (double incapacité de donner et de recevoir à titre gratuit) Betroffene keinerlei unentgeltliche Verfügungen treffen: Selbst ein von ihm vor Verurteilung abgefaßtes Testament ist daher nichtig²⁹⁷. Ein Kontrollrecht der Verwaltung hinsichtlich der Testamentstexte besteht, auch soweit diese an die Außenwelt gelangen sollen, mangels jeder Erforderlichkeit nicht.

c) Ebenso behält der Gefangene die meisten familienrechtlichen Befugnisse.

Ihm bleibt das Adoptionsrecht, ist dieses doch ein Mittel, eine Familie zu schaffen oder zu erweitern – und entsprechend verfolgt der Gefangene mit ihm auch häufig den Nebenzweck, den Kreis der zum Besuchs- und Korrespondenzverkehr Zugelassenen zu vergrößern. Allerdings wird das Adoptionsrecht für die Gefangenen häufig wenig praktisch, da die Zivilgesetzbücher das Recht an die Voraussetzung eines guten Rufes knüpfen (vgl. Art. 355 C. c.; mehr auf den Einzelfall abstellend § 1754 Abs. 2 Nr. 3 BGB).

²⁹² Vgl. Stefani-Levasseur, Droit pénal Nr. 585 S. 464.

²⁹³ Vgl. Nr. 75 Abs. 1 DVollzO.

²⁹⁴ So auch Spannagel, Diss. S. 106 bei Anm. 420.

²⁹⁵ Vgl. Perrier, Diss. S. 169; Spannagel, Diss. S. 107.

²⁹⁶ Vgl. Perrier, Diss. S. 171 mit Rechtsprechungsnachw. S. 172 f.

²⁹⁷ Vgl. Stefani-Levasseur, Droit pénal Nr. 585 S. 464.

Der Gefangene behält auch das Recht, uneheliche Kinder anzuerkennen, und zwar selbst dann, wenn er im Zustand der interdiction légale ist, da die französische Rechtsprechung in dieser Hinsicht nur eine natürliche Willensfähigkeit verlangt²⁹⁸. Auch mit dieser Anerkennung verfolgt der Gefangene oft den Nebenzweck einer Verstärkung und Erweiterung seines Kontaktes mit der Außenwelt.

Dagegen kann im französischen Recht die Unehelichkeits-erklärung von während der Ehe geborenen Kindern (vgl. Art. 312 Abs. 2 C. c.; §§ 1593 ff. BGB) nur von dem Vormund des interdit légal betrieben werden, was mit Recht als reichlich befremdend bezeichnet worden ist²⁹⁹. Im einzelnen besteht eine reichhaltige, aber uneinheitliche Rechtsprechung zu der Frage, in welchen Fällen die Beiwohnung während der Empfängniszeit durch die Gefangenschaft im Sinne des Gesetzes „physisch unmöglich“ ist.

Dagegen behält der Gefangene wiederum voll die Ausübung des Scheidungsrechtes³⁰⁰; allerdings stellt gerade die Verurteilung zu einer affliktiven und infamierenden Strafe für den anderen Ehegatten einen Scheidungsgrund dar³⁰¹.

d) Die Ausübung von Rechtsschutz- und Verteidigungshandlungen läßt Art. 11 der Europa-Resolution zutreffend jedenfalls dann zu, wenn sie nicht ohne Nachteil bis zur Haftentlassung aufgeschoben werden kann. Dies gilt gleichermaßen für bereits anhängige (Art. 11) wie für neu zu erhebende Klagen (Art. 12).

Eine fundamentale Bedeutung hat in diesem Zusammenhang das Grundrecht auf rechtliches Gehör. Dieses Recht ist – vor Gerichten aller Art – nicht nur in Art. 103 Abs. 1 GG (ebenso Art. 11 S. 1 Europa-Resolution) ausdrücklich gewährleistet; dieser Verfassungsbestimmung entspricht vielmehr auch ein allgemeiner Rechtsgrundsatz, nach dem der Einzelne auch im Hinblick auf Verfahren vor den Verwaltungsbehörden einen Anspruch auf rechtliches Gehör hat³⁰². Dieses Recht wird dem Einzelnen durch den Strafvollzug nicht entzogen oder auch nur beschränkt³⁰³. Allerdings besteht kein Recht darauf, offensichtlich unerhebliche Tatsachen vorzutragen oder eindeutig abwegige Rechtsansichten zu vertreten.

Ausführung vor Gericht kann der Gefangene (nur) verlangen, wenn sein persönliches Erscheinen durch Gesetz oder Entscheidung des Richters vorgeschrieben ist (vgl. Art. 13 Europa-Resolution). Ist daher eine mündliche

²⁹⁸ Vgl. Perrier, Diss. S. 128 f.

²⁹⁹ Perrier, Diss. S. 127.

³⁰⁰ Vgl. Perrier, Diss. S. 118.

³⁰¹ Vgl. Art. 232 C. c.; zur Rechtslage in Deutschland vgl. § 43 Ehegesetz vom 20. 2. 1946 (Scheidungsgrund ist nicht die Bestrafung, sondern das „ehrlöse oder unsittliche Verhalten“ als solches).

³⁰² Vgl. Maunz-Dürig, GG Art. 1 Randn. 36; Forsthoff, Verwaltungsrecht § 12, 2 c S. 217; Wolff, Verwaltungsrecht I § 25 I a 2.

³⁰³ Vgl. BVerwG Bd. 11 S. 328 ff., 329; Bachof, JZ 1962 S. 439 f. Die Anordnung einer Hausstrafe setzt daher vorherige Anhörung des Gefangenen voraus, vgl. OLG Düsseldorf vom 17. 11. 1960 (1 Verw 51/60) bei Altenhain, JVB1 1961 S. 175 f.

Verhandlung zwingend vorgeschrieben, so hat auch der Strafgefangene das Recht, persönlich von dem zur Entscheidung berufenen Gericht gehört zu werden³⁰⁴; entsprechend hat er im Anwaltsprozeß kein Recht auf Anwesenheit zu den üblichen Terminen³⁰⁵.

Für das französische und italienische Recht folgt aus dem Grundrecht auf Verteidigung, daß der Gefangene ein Recht auf nicht überwachte Besuche durch seinen Anwalt, insbesondere durch seinen Verteidiger in Strafsachen hat³⁰⁶; für Deutschland läßt sich ein Recht auf mündliche Besprechungen mit dem Verteidiger im Rahmen des Erforderlichen (!) aus dem Grundgedanken des § 148 Abs. 1 StPO ableiten³⁰⁷. Ein Recht auf Akteneinsicht steht dem Gefangenen nicht zu; ein solcher Anspruch könnte erst mittelbar über den Grundsatz der Gleichbehandlung entstehen³⁰⁸.

³⁰⁴ Vgl. BVerwG a.a.O. S. 330. Zur Ausführung des Untersuchungsgefangenen vgl. OLG Bremen MDR 1963 S. 158.

³⁰⁵ Vgl. KG vom 26. 9. 1960 (1 Ws 307/60) bei Altenhain, JVB1 1961 S. 176 (dort auch weitere Nachw.); auch VG Frankfurt DVBl 1959 S. 896 f.

³⁰⁶ Vgl. bereits oben S. 164 in Anm. 245; ferner Mario Pisani, Incidenti d'esecuzione e inviolabilità del diritto di difesa, Rivdirprocpen Bd. 4 (1961) S. 869–874; Mario Chia v a r i o, Inizio del procedimento penale e tutela costituzionale del diritto di difesa, Rivdirprocpen 1963 S. 613–620; R. V a n h a l e w i j n, Droit de défense en matière répressive et conventions internationales, Revdrpénrim Jg 43 (1962/63) S. 522–540.

³⁰⁷ Vgl. OLG Oldenburg (1. StrS) vom 6. 3. 1962 (1 VAs 3/62) (unveröffentlicht); dazu auch Nr. 145 DVollzO und Thole, ZStrafvollz Jg. 11 (1962) S. 28 ff. Entgegen OLG Bremen NJW 1963 S. 1465 läßt sich aus § 148 StPO bei objektiver Auslegung dieser Norm unter Zugrundelegung der modernen Auffassung vom Wesen der Freiheitsstrafe (vgl. oben S. 120 f.) für die Frage der Zensur der Korrespondenz des Strafgefangenen mit seinem Anwalt nichts herleiten, vgl. T i e d e m a n n, NJW 1963 S. 1841 f.

Einen Fall der (unzulässigen) Umgehung der Briefkontrolle durch den Verteidiger (der für Dritte bestimmte Schreiben des Gefangenen befördert) behandelt BayObLG NJW 1962 S. 1687 f. (mit krit. Anm. Max K o h l h a a s).

³⁰⁸ Vgl. KG vom 5. 12. 1960 (1 Ws 254/60) (unveröffentlicht). Dies gilt auch für die Stellungnahme der Anstalt zu einem Antrag des Gefangenen auf bedingte Entlassung; zum rechtlichen Gehör in dem Verfahren nach §§ 26 StGB, 454 StPO vgl. die Nachw. bei Schwarz-Dreher, § 26 Anm. 3.

VI. ABSCHNITT

Das Prinzip der Gewaltenteilung und die Beteiligung des Richters am Strafvollzug

(Der Schutz der Grundrechte des Gefangenen)

Das Prinzip der Gewaltenteilung hat sei Montesquieu und Rousseau in alle westlichen Demokratien Eingang gefunden, wenngleich es als funktionelle Dreigliederung der staatlichen Gewalt eine Reihe von Einschränkungen kennt, die heute allgemein anerkannt sind.

1. Für das Gesamtgebiet des Strafrechts findet dieses Prinzip seinen sinnfälligen Ausdruck darin, daß der Gesetzgeber die Strafe festsetzt, der Richter diese ausspricht und die Verwaltung sie vollzieht¹. Entsprechend wies Art. 2 des französischen Gesetzes vom 2. 10. 1795 den Strafvollzug dem Innenministerium zu, und erst ein Dekret vom 13. 3. 1911 unterstellte die Vollzugsverwaltung dem Justizministerium.

Die Zweifel an der Legalität dieses Dekretes wurden durch die gleichlautende Regelung des Gesetzes vom 13. 7. 1911 (Art. 89) ausgeräumt.

Nach einer zeitweiligen Rückkehr zum früheren Rechtszustand im Jahre 1943 besteht dieser Verwaltungsaufbau auch heute in Frankreich wieder. Eine Gesetzesverordnung vom 30. 10. 1935 schloß diese Entwicklung insofern ab, als forthin auch das Vollzugspersonal dem Justizministerium unterstellt wurde.

Eine ganz entsprechende Änderung fand in Preußen seit dem 1. 4. 1918 statt, nachdem seit 1809 der Strafvollzug unter dem Justizministerium und dem Ministerium des Inneren geteilt gewesen war. Bayern hatte bereits 1869 diese Zweiteilung aufgegeben, während Sachsen sie noch bis 1923 beibehielt.

Diese Neuorganisation des Verwaltungsaufbaues hat die Frage nicht verstummen lassen, ob der Vollzug materiell Rechtspflege oder Verwaltung ist. Die französische Rechtslehre neigt allgemein der letzteren Auffassung zu². In Deutschland führt der Zwitterbegriff des Justizverwaltungsaktes das Problem einer Lösung keineswegs näher. Die Lage wird weiter dadurch

¹ Vgl. Pinatel, *Traité* S. 90.

² Vgl. Pinatel a.a.O.; Hélie, *Commentaire* Nr. 416; ebenso für das italienische Recht Carnelutti, *Principi del processo penale*, Neapel 1960, S. 320 f.; Gassin, *RSC* Bd. 23 (1963) S. 245 kommt sogar für das Strafurteil (infolge des Funktionswandels von bloßer Streitsentscheidung zur Einleitung geeigneter Behandlung im Strafvollzug) zu der Annahme, dieses sei auch Verwaltungsakt.

verkompliziert, daß § 23 Abs. 1 EGGVG neben den Justizverwaltungsakten noch Maßnahmen der Vollzugsbehörden kennt; doch wird man in der Annahme nicht fehlgehen, daß der Justizverwaltungsakt Oberbegriff für Maßnahmen der Justiz- und Vollzugsbehörden ist und selbst nur einen Sonderfall des allgemeinen Verwaltungsaktes darstellt³.

Die französische Rechtslehre hebt hervor, daß der beschriebene Verwaltungsaufbau nicht dem Gewaltenteilungsprinzip widerspricht, da der Justizminister wie alle Mitglieder der Regierung Repräsentant der Exekutive ist⁴.

2. Praktisch blieb diese Frage ohne Folgen, solange sich die Verwaltung darauf beschränkte, die vom Richter ausgesprochene Freiheitsstrafe zu vollziehen, und nur über das günstigste System der Gefangenhaltung nachsann.

In der Tat war der Vollzug im ganzen 19. Jahrhundert nicht so sehr von Fragen der Einwirkung auf den Gefangenen oder gar von Legalitätsproblemen bewegt, sondern man diskutierte die Vor- und Nachteile der verschiedenen Haftsysteme: Die Darstellung von Begriff und Wesen des „Pennsylvanischen“, des „Auburnschen“, des irischen „Progressiv“-Systems nimmt noch heute in zahlreichen Vollzugslehrbüchern einen breiten Raum ein⁵.

Die Zuerkennung einer Rechtsstellung des Gefangenen und die tiefgreifende Veränderung der Strafe im modernen Vollzug hat dagegen heute neue Probleme aufgeworfen. Die Verwaltung beschränkt sich nicht länger darauf, die vom Richter ausgeworfene Strafe zu vollziehen, sondern paßt sie nach ihrem Ermessen unter erzieherischen Gesichtspunkten der Individualität des einzelnen Gefangenen an. Soll die rechtlich geregelte Beziehung des Gefangenen zum strafenden Staat nicht ein leeres Wort bleiben, so drängt sich die Frage auf, wie der Einzelne in seinen Rechten – und vor allem in seinen Grundrechten – gegenüber der Vollzugsverwaltung zu schützen ist.

a) Einen ersten gewichtigen Schutz erfahren die Grundrechte des Gefangenen durch die Bestimmungen der Strafgesetzbücher, die allgemein gegen rechtswidrige Angriffe auf Leben, Gesundheit und Körperintegrität, Ehre, Eigentum und Vermögen sowie gegen nicht gesetzmäßige Beschränkungen der übrigen Grundfreiheiten schützen. Besondere Beachtung schenkt das belgische Strafgesetzbuch den verfassungsmäßigen Grundrechten⁶: So verbietet etwa Art. 142 C. p. entsprechend Art. 14 der belgischen Verfassung jeden Zwang zur Teilnahme sowie die Verhinderung der Teilnahme an religiösen Kulthandlungen, und der bereits erwähnte Art. 151 C. p. stellt jede (vorsätzliche und willkürliche) Verletzung von Grundrechten

³ Vgl. Ule, VwGO § 42 Anm. IV 3 b S. 155; Rudolf Stich, Einheitlicher Rechtsschutz gegen Verwaltungsakte der Justiz- und Vollzugsbehörden, DOV 1960 S. 368–371, 369.

⁴ Vgl. Vidal-Magnol, Cours Nr. 503 S. 670 in Anm. 3; Joseph Magnol, Le rattachement des services pénitentiaires au Ministère de la Justice, Rev. pénit Bd. 35 (1911) S. 513–532, 522 ff.

⁵ Zutreffend bemerkt Mittermaier, Gefängniskunde S. 26: „Der Streit um die Systeme hat vielleicht die sonstige Entwicklung etwas zurückgehalten.“

⁶ Vgl. eingehend Rigaux-Trousse, Les crimes Bd. 2 S. 9 ff., 65 f.

unter Strafe und schließt so Lücken im strafrechtlichen Schutz verfassungsmäßiger Rechte⁷.

Während im übrigen Tappan für die Vereinigten Staaten von Nordamerika hervorhebt, daß die Gefangenen nur schwer Zugang zu den Strafgerichten finden, um kriminelle Entgleisungen der Vollzugsbeamten geltend machen zu können⁸, bieten im deutschen Recht für den Gefangenen das strafprozessuale Legalitätsprinzip (§ 152 Abs. 2 StPO) und vor allem das Klageerzwingungsverfahren (§§ 172 ff. StPO) eine wirksame Möglichkeit, die Bestrafung der Schuldigen zu erwirken. Einen ähnlich wirksamen Schutz gewährt das französische Strafprozeßrecht durch die Möglichkeit der Zivilklage seitens des Verletzten, welche die öffentliche Klage automatisch nach sich zieht (Art. 1 Abs. 2 C. p. p.).

Nach der Aufhebung des Evokationsrechtes kennt auch Frankreich seit 1870 das Prinzip der freien Verfolgbarkeit der Staatsbeamten. Dieser Grundsatz ist darüber hinaus in Belgien durch Art. 24 der Verfassung als Konkretisierung des Gleichheitsgrundsatzes verfassungsrechtlich gesichert.

Bei der Findung des Strafurteils führt die schwierige Aufgabe der Vollzugsverwaltung zu keiner über den Rahmen der allgemeinen Grundsätze der Strafzumessungslehre hinausgehenden Milderbeurteilung etwaiger Delikte der Vollzugsbeamten. Erst recht kommt eine Rechtfertigung solcher Delikte nicht in Betracht, soweit die Vollzugsbeamten die oben dargestellten Beschränkungsbefugnisse überschreiten. Allerdings muß nach französischem Recht die Straftat von der Amtsfunktion „lösbar“ (*détachable*) sein; nach herkömmlicher Lehre verlieren nämlich gewisse an die Ausübung öffentlicher Gewalt gebundene Maßnahmen den Charakter eines Delikts⁹.

Soweit die Beamten auf Grund einer ausdrücklichen Vollzugsnorm gehandelt haben, dürften sie sich allerdings regelmäßig in einem unvermeidbaren Verbotsirrtum befunden haben, wenn sich später herausstellt, daß die betreffende Eingriffsbefugnis wegen Verstoßes gegen höherrangiges Recht nichtig ist¹⁰.

b) Einen weiteren Schutz des Gefangenen bieten die zivilrechtlichen Schadensersatz- und öffentlichrechtlichen Entschädigungspflichten bei Eingriffen in die Rechtsgüter des Einzelnen.

Hier bestimmen Art. 1382 f. C. c., daß jede rechtswidrige Verletzung der Güter anderer zum Schadensersatz verpflichtet. Einen ähnlich umfassenden Schutz (mit Ausnahme des allgemeinen Vermögens) gewähren die §§ 823 ff. BGB, insbesondere nach der Anerkennung des Persönlichkeitsrechtes als

⁷ Vgl. Rigaux-Trousse aa.O. S. 167, 174; weniger weitgehend Art. 114 franz. C. p.

⁸ Annals Heft 293 (1954) S. 107.

⁹ Vgl. Didier-Louis Liard, *L'infraction pénale dans le fonctionnement des services publics*. Diss. Paris 1939 S. 36. Nicht zu billigen ist die gelegentlich in der französischen Strafgerichtspraxis anzutreffende generelle Bevorzugung der Verwaltung; vgl. dazu etwa Louis Hugueney, S. 1951 Jur. S. 153 f., 154 (Urteilsanm.); weitere Nachw. aus der älteren Rechtsprechung bei Liard aa.O. S. 56 f.

¹⁰ Vgl. OLG Düsseldorf NJW 1960 S. 1071 f. Diese Ansicht kann selbstverständlich nicht ohne weiteres auch bei Berufung auf eine bereits für nichtig erklärte Norm gelten.

absolutes Recht. Beide Regelungen setzen Verschulden voraus. Zur Verwirklichung der Inanspruchnahme des Staates durch den Geschädigten kennt das deutsche Recht das Institut der Amtshaftungsklage (vgl. Art. 34 GG, § 839 BGB)¹¹; für diese Schadensersatzklagen sind die ordentlichen Gerichte zuständig (Art. 34 S. 3 GG). Eine Haftung des Beamten selbst ist nur bei Vorsatz möglich (§ 839 Abs. 1 S. 2 BGB), so daß in allen Fällen fahrlässiger Verletzung die Passivlegitimation auf den Staat (das betreffende Land) übergeleitet wird.

Ähnlich besteht in Frankreich eine Haftung des Staates für Rechtsverletzungen, die ein Beamter in Ausübung seines Amtes begeht. Auch im französischen Recht wird der haftungsrechtliche Beamtenbegriff sehr weit gefaßt, so daß z. B. auch die Maßnahmen eines Gefangenen, der mit hoheitlichen Funktionen betraut worden ist, zur Staatshaftung führen können¹². Die traditionelle Auffassung, daß der Staat nur in den gesetzlich ausdrücklich vorgesehenen Fällen haftet, ist seit 1905 endgültig aufgegeben¹³. Für das Vollzugsrecht ist allerdings streitig, ob jeder Verschuldungsgrad zur Annahme der Haftung des Staates genügt¹⁴. Jedenfalls aber hat die Vollzugsverwaltung der Gesundheitsfürsorge besondere Aufmerksamkeit zu widmen, wobei allerdings bei generell zulänglicher Organisation des Gesundheitsdienstes wiederum nur für schweres Verschulden des Arztes gehaftet wird¹⁵. Einen breiten Raum in der Rechtsprechung zum Haftungsrecht im Straf-

¹¹ Vgl. etwa den Fall BGH NJW 1962 S. 1053 f. (dazu bereits oben S. 136 und Tiedemann, NJW 1962 S. 1760 ff.). Neben dieser Anspruchsgrundlage statuiert Art. 5 Abs. 5 Europa-Konvention von Rom ein Recht auf Schadensersatz bei unerlaubter Freiheitsentziehung; es handelt sich dabei um eine von jedem Verschulden unabhängige Erfolgshaftung, vgl. R. Herzog, AöR Bd. 86 (1961) S. 238.

¹² Vgl. C. E. vom 18. 2. 1949 (Pagliano), Rec. S. 87 f.; zum belgischen Haftungsrecht vgl. Rigaux-Trousse a.a.O. S. 76 ff.

¹³ Vgl. conclusions Romieu in Sachen Tomaso-Grecco, C. E. vom 10. 2. 1905, D. 1906 Jur. S. 381-384. Zu den Grundlagen und Einzelheiten des französischen Staatshaftungsrechts vgl. Walter Leisner, VerwArch Bd. 54 (1963) S. 1-42 (insbesondere zur „Verfassungsferne“ S. 11, 27).

¹⁴ Vgl. bereits oben S. 132. Fortschrittlich Liet-Veaux, RA Bd. 1 (1948) Nr. 2 S. 32: „Da die Gefangenschaft in stärkster Weise die Freiheit der menschlichen Person angreift, muß selbst das leichteste Verschulden der Verwaltung die Haftung der öffentlichen Gewalt nach sich ziehen.“ Ähnlich René Chapus, Responsabilité publique et responsabilité privée, Paris (Pichon et Durand-Auzias) 1957, S. 369 in Anm. 8. Ohne genügende Differenzierung Leisner a.a.O. S. 38, der nur den arrêt Laurent (Rec. 1952 S. 468) anführt. Leisner sieht den Grund für das Erfordernis des schweren Verschuldens in der Atypik der einschlägigen Fallgruppen und in dem Gedanken einer gewissen generellen Mitschuld des Gefangenen.

¹⁵ Vgl. C. E. vom 31. 3. 1954 (dame Gioux, épouse Poupard), Rec. S. 200 f.; vgl. zur Gesundheitsfürsorgepflicht der Verwaltung weiter: C. E. vom 22. 7. 1953 (veuve Ledentu), Rec. S. 778; vom 10. 2. 1956 (consorts Volmerange), Rec. S. 751. Die im Text beschriebenen evidenten Nachteile im französischen Haftungsrecht übersieht ForsthoFF, Verwaltungsrecht § 18 S. 316; vgl. etwa als Gegenüberstellung für das deutsche Recht die bereits mehrfach erwähnte Entscheidung BGH NJW 1962 S. 1053 f. = MDR 1962 S. 549 f.

vollzug nehmen die Organisations- und Überwachungsfehler ein¹⁶. Geltend zu machen ist der Ersatzanspruch infolge des Gewaltenteilungsprinzips und der *théorie vom Etat-débiteur* im Verwaltungsrechtsweg (mittels *recours de pleine juridiction*, der zu einer umfassenden Nachprüfung sowohl der rechtlichen als auch der tatsächlichen Gegebenheiten führt).

Bei Vorliegen eines reinen „Dienstfehlers“ (*faute de service*) haftet nur die Verwaltung (z. B. bei Fehlern der Organisation, schlechtem Funktionieren der Einrichtungen und faktischen Übelständen wie ständige Nachlässigkeiten). Ist der Schaden auf einen rein persönlichen Fehler (*faute personnelle*) zurückzuführen, so kann die Schadensursache von der Ausübung öffentlicher Gewalt „gelöst“ sein. Das Vorliegen eines Deliktes führt noch nicht ohne weiteres zur Annahme eines rein persönlichen Verschuldens¹⁷.

Die französische Rechtslehre weist ausdrücklich darauf hin, daß die Kompetenz der Verwaltungsgerichte in dieser Hinsicht nicht dem Gewaltenteilungsprinzip widerspricht, da die Schadensfälle weder in ihren Ursachen noch in ihrer Entwicklung eine Beziehung zum Funktionieren des Gerichtswesens und zum Urteil haben¹⁸.

c) Beide bisher aufgezeigten Möglichkeiten gewähren jedoch insofern nur einen indirekten Schutz, als die Sanktionen einer etwaigen Rechtsverletzung erst zeitlich nachfolgen – und diese nachträgliche strafrechtliche oder zivilrechtliche Mißbilligung von Verwaltungsmaßnahmen im Strafvollzug nützt dem Gefangenen häufig nicht mehr: eine Erfahrung, die gerade für das allgemeine Gewaltverhältnis von dem „Dulde und liquidiere“ weg und zu einer unmittelbaren verwaltungsgerichtlichen Überprüfbarkeit von Verwaltungsakten geführt hat.

So ergibt sich das Problem einer unmittelbaren Beteiligung des Richters am Strafvollzug, ist doch die richterliche Gewalt der natürliche Schutz der Grundrechte.

Das Problem ist heute in zahlreichen Ländern einer der Zentralpunkte vollzugswissenschaftlicher Diskussion und wurde bereits in den dreißiger Jahren lebhaft erörtert: Im Jahre 1931 von der *Société des prisons de Paris*, 1935 vom 11. Internationalen Kongreß für Strafrecht und Gefängniswesen in Berlin, 1937 auf dem 4. Internationalen Strafrechtskongreß in Paris – und alle Resolutionen brachten zum Ausdruck, daß die Garantie der individuellen Freiheitsrechte des Gefangenen die Beteiligung des Richters fordert.

Eine davon zu trennende Frage ist allerdings, inwieweit der Richter neben oder an Stelle einer Legalitätskontrolle auch oder nur die wesentlichen Behandlungsmodalitäten festsetzt oder wenigstens mitbestimmt¹⁹.

¹⁶ Vgl. C. E. vom 23. 4. 1937 (Cattaruzza), Rec. S. 430; vom 31. 3. 1954 (wie S. 182 Anm. 15); vom 25. 1. 1952 (Vacqué), Rec. S. 60 = D. 1952 Jur. S. 580 f. mit Anm. Georges Morange S. 581 f.; vom 15. 2. 1952 (veuve Fargeaud d'Epied), Rec. S. 111 f.; vom 25. 1. 1952 (consorts Lassalle-Barrère), Rec. S. 60 f.

¹⁷ Vgl. CE. v. 29. 10. 1948 (de Santis), Rec. S. 401 f.; v. 13. 2. 1952 (dame veuve Labat), Rec. S. 107 f.

¹⁸ Vgl. Gour, Diss. S. 228 f.

¹⁹ Vgl. Cuello Calón, *Penología* S. 272.

Freilich ist hervorzuheben, daß die fast allgemeine Ansicht in Belgien in einer wie auch immer gearteten Beteiligung des Richters am Strafvollzug einen grundsätzlichen Verstoß gegen das Gewaltenteilungsprinzip sieht, da die Ausführung der Strafe nach Art. 30 belg. Verf. Verwaltungssache ist²⁰.

Diese Bedenken erscheinen jedenfalls nach deutscher und französischer Rechtsauffassung nicht gerechtfertigt. Übt im allgemeinen Gewaltverhältnis des Bürgers zum Staat die Verwaltungsrechtsprechung eine unmittelbare Kontrolle über die Exekutive und insbesondere über die Tätigkeit der Polizei aus, so ist nicht ersichtlich, inwiefern die Eingliederung des Bürgers in ein besonderes Gewaltverhältnis den richterlichen Schutz der verbleibenden Rechte ausschließen soll. Wird auch der Einzelne im Strafvollzug der Verwaltung nach herkömmlicher Auffassung mehr oder weniger vollständig „eingegliedert“, so ist es doch mit modernen rechtsstaatlichen Vorstellungen wenig vereinbar, grundsätzlich und von vornherein jede Möglichkeit eines direkten Schutzes durch den Richter abzulehnen, insbesondere wenn man bedenkt, daß hier mehr als anders der Schutz einer Kontrolle durch die öffentliche Meinung fehlt. Ein Verstoß gegen das Gewaltenteilungsprinzip würde erst vorliegen, wenn die richterliche Gewalt sich nicht auf eine Kontrolle beschränkt, sondern ihre Akte an die Stelle der Verwaltungsaktivität setzt²¹.

So dürften es auch eher praktische Erwägungen sein, die Belgien weiterhin an der traditionellen Auffassung festhalten lassen. Kennzeichnend hierfür ist die Äußerung Dupréel, die Tätigkeit der Vollzugsverwaltung könne sich „nicht in einem Klima entwickeln, das durch einen juristischen Antagonismus bestimmt ist und den Gefangenen dazu anreizt, gegen ihn ergriffene Maßnahmen zu diskutieren und zu bekämpfen, statt sich ihnen zu unterwerfen . . . und zu ihrer erfolgreichen Durchführung beizutragen“²². Ein solcher „lähmender Formalismus“ würde die Gefangenen nach Dupréel „bald in rechthaberische und rachelustige Rebellen verwandeln“²³.

Rein empirisch zeichnen sich drei Lösungsmöglichkeiten für die Beteiligung des Richters ab²⁴:

²⁰ Vgl. Dupréel, Revdrpn Bd. 41 (1960/61) S. 109 und seine Diskussionsäußerung auf der Tagung der Union Belge et Luxembourgeoise de droit pénal am 24. 11. 1956, zit. nach Revdrpn Bd. 37 (1956/57) S. 571; a. A. aber z. B. Vandeveeren, ebda S. 538; R. Charles, Les limites actuelles de l'individualisation judiciaire et pénitentiaire des peines et des mesures de sûreté, Revdrpn-crim Bd. 37 (1956/57) S. 269–301, 295 f.

²¹ Vgl. Magnol, Revpénit a.a.O. S. 523. Unzutreffend erscheinen auch die aus dem Grundsatz der „rechtskräftig entschiedenen Sache“ abgeleiteten Bedenken, vgl. Jacomella, Revcrimpo techn 1950 S. 7. „Rechtskräftig entschieden“ ist nur über die Frage der Strafbarkeit des Einzelnen, nicht über spätere Rechtsbeeinträchtigungen, die er im Strafvollzug erleidet. Eingehend zur Frage der Rechtskraft Gassin a.a.O. S. 253 ff., 262 ff.

²² Revdrpn Bd. 38 (1957/58) S. 178; weniger nachdrücklich, aber gegenüber einer allgemeinen richterlichen Kontrolle des Vollzuges ebenfalls zurückhaltend Cuello Calón, Penología S. 275 f.

²³ A.a.O. S. 177; auch Aspects S. 125 ff.

²⁴ Vgl. Ancel, EtPénit Nr. 3 (1960) S. 11 ff.; Cuello Calón a.a.O. S. 272 ff.

aa) Die klassische Auffassung verwirft jede Einmischung des Richters in Vollzugsfragen. Der Richter entscheidet in diesem System nur zivile und strafrechtliche Streitigkeiten, so daß er zur Bestimmung und Überwachung der Vollzugsmodalitäten nicht kompetent erscheint. Der Strafvollzug als Phase nach dem Urteil ist daher nicht so sehr Sache der Juristen als vielmehr qualifizierter Spezialisten der verschiedensten Wissenschaftszweige.

Diese Konzeption, in den USA vor allem von Sutherland²⁵ sowie Sheldon und Eleanor T. Glueck²⁶ vertreten, stützt sich auf die Zerteilung des anglo-amerikanischen Strafprozesses in das Stadium der conviction und das der sentence. Der Richter beschränkt sich auf die Subsumtion und Schuldfeststellung (conviction). Als Entscheidung über die Behandlung impliziert die sentence die Berücksichtigung soziologischer, psychologischer und psychiatrischer Gegebenheiten, so daß die Vollzugsfragen einem außerjuristischen Spezialorgan anzuvertrauen sind, das gleichwohl gegen die Willkür der Verwaltung zu schützen in der Lage ist (treatment tribunal). Diese Auffassung hat sich in einer Reihe amerikanischer Staaten – voran in Kalifornien – sowohl für jugendliche als auch für erwachsene Gefangene durchgesetzt (Youth Authority and Adult Authority). Die Adult Authority entscheidet nicht nur über die Art der Anstalt, in welcher der Gefangene unterzubringen ist, sondern auch über jede Verkürzung, Verlängerung und Modifizierung der Strafe.

Dagegen hat diese Auffassung in Europa keinen Raum gewinnen können²⁷.

bb) Ein gemischtes System geht davon aus, daß der Vollzug Sache der Verwaltung bleibt, aber durch besondere Organe mit richterlichem Element kontrolliert wird. Historisch findet diese Konzeption in der Société royale des prisons und den Commissions de surveillance von 1819 sowie in den von Ferri vorgeschlagenen Überwachungskommissionen ihren Ausdruck. Heute ist sie vor allem in den skandinavischen Ländern, aber auch in den Niederlanden, Österreich und der Schweiz²⁸ verwirklicht. Sie trägt jedoch im eigentlichen Sinne nicht zu einer Beteiligung des Richters sondern zu einer Teilnahme der Öffentlichkeit am Strafvollzug bei.

cc) Eine richterliche Intervention im eigentlichen Sinne (meist durch nur einen Beamten) findet sich dagegen in Frankreich und Italien sowie teilweise in Südamerika. Aufgabe und Kompetenz des Richters variieren allerdings im einzelnen erheblich.

²⁵ Criminology, 4. Aufl. New York 1947.

²⁶ After-conduct of discharged offenders, London 1946.

²⁷ Sie wurde vom 3. Internationalen Kongreß für Gesellschaftsverteidigung in Antwerpen 1954 verworfen, vgl. Ancel-Herzog, L'individualisation des mesures prises à l'égard du délinquant, Paris (Cujas) 1954, besonders den Bericht von J.-B. Herzog, Pour une juridiction de défense sociale, S. 274–282, 275 f., 278; auch Germain, Eléments S. 70.

²⁸ Vgl. eingehend Pfenninger, SchwZStrafR Bd. 70 (1955) S. 292 ff. In der Sowjetunion obliegt der Staatsanwaltschaft die Aufsicht über den Strafvollzug, vgl. Erlaß vom 24. 5. 1955 über die staatsanwaltschaftliche Aufsicht in der UdSSR (VVS SSSR 1955 Nr. 9) Art. 32–37.

a 1) In Italien geht die Beteiligung des Richters am Vollzug – wie bereits erwähnt – auf die Strafprozeßordnung von 1913 und den von Rocco verfaßten Codice penale von 1930 zurück, der zusammen mit dem Codice di procedura penale aus dem gleichen Jahr einen verstärkten Rechtsschutz des Gefangenen brachte.

Im einzelnen sind der Vollstreckungsrichter (*giudice dell'esecuzione*) und der Richter im Zwischenstreit (*giudice degli incidenti*) zu unterscheiden. Organisatorisch sind beide identisch: Es handelt sich um den Richter, der die Verurteilung ausgesprochen hat (vgl. Art. 628 italien. C. p.); üblich ist daher auch die gemeinsame Bezeichnung als *giudice dell'esecuzione*. Daneben gibt es noch einen Überwachungsrichter (*giudice di sorveglianza*), dessen Kompetenz sich nach dem Ort der Strafanstalt bestimmt (Richter des Haftortes). Entsprechend der bereits oben S. 41 f. dargestellten Dreiteilung der Rechtsstellung des Gefangenen obliegt dem Vollstreckungsrichter der Schutz echter subjektiver Rechte, während der Überwachungsrichter über die Wahrung der rechtlich geschützten Interessen wacht; einfache Interessen und Rechtsreflexe sind dagegen nur im internen Beschwerdeweg geltend zu machen²⁹. Damit hat der Überwachungsrichter im Vollzuge von Freiheitsstrafen Funktionen hinsichtlich der Zulassung zur Arbeit all'aperto und der Entscheidung über die bedingte Entlassung (vgl. Art. 144 italien. C. p., Art. 585 C. p. p.) sowie auf die Verlegung, die Arbeits- und Entlohnungsmodalitäten, die Erteilung von Belohnungen und von Spezialurlaub maßgeblichen Einfluß.

Ihm kommt somit als Verwaltungsfunktion eine komplexe Überwachungs-, Entscheidungs- und Beratungsaufgabe zu.

a 2) Ähnlich weit sind die Kompetenzen des Vollzugsrichters in Brasilien (vgl. Gesetz vom 5. 9. 1922 und Código penal vom 7. 12. 1940). Er bestimmt über die bedingte Entlassung und setzt ihre Modalitäten fest, überwacht die Verlegungen und entscheidet über Petitionen³⁰.

Dagegen sah in Portugal eine Verordnung vom 28. 5. 1936 mit Gesetzeskraft zunächst nur einen Kontrollmechanismus durch ein spezielles Verwaltungsorgan vor. Das Gesetz vom 16. 5. 1944 führte jedoch die Institution von Vollzugsgerichten (*tribunais de execução das penas*) ein, das – in Besetzung mit einem Richter – eine weit engere Kompetenz als der italienische und brasilianische Vollzugsrichter hat: Sie erstreckt sich weder auf das Funktionieren der Anstalt noch auf die Disziplin oder sonstige Konflikte des Gefangenen mit der Vollzugsverwaltung und ist im wesentlichen nur für die bedingte Entlassung und die Rehabilitierung gegeben, greift damit aber auch bei jeder Verlängerung, Verkürzung oder Veränderung der Strafe ein³¹.

²⁹ Vgl. Manzini, *Istituzioni* S. 109 f., 298; Novelli, *ZStW* Bd. 55 (1935) S. 213, 217; ferner Santoro, *Esecuzione penale*, 2. Aufl. Turin (Utet) 1953 S. 377 ff.; auch Grunau, *ZStW* Bd. 70 (1958) S. 507.

³⁰ Vgl. José Soares de Mello, *Le juge à l'exécution des peines au Brésil*, zit. nach *Rev pénit* Bd. 76 (1952) S. 627 f.

³¹ Vgl. José Belezinha Dos Santos, *Le juge d'exécution des peines au Portugal*, *Revintdrocomp* Bd. 4 (1952) S. 401–418; ders., *Os Tribunais de Execução das penas em Portugal*, Coimbra 1953, S. 17 ff.

a 3) Begrenzt sind bisher auch noch die Befugnisse des Vollzugsrichters (*juge de l'application des peines*) in Frankreich, wenngleich in Praxis und Wissenschaft gleichermaßen eine Tendenz zur Ausweitung dieser Kompetenzen besteht. Zwar ist der Richter gem. Art. 722 C. p. p. (und Art. D. 116 Abs. 1 C. p. p.) generell mit der Überwachung des Vollzuges beauftragt und bestimmt für jeden Verurteilten die wesentlichen Behandlungsmodalitäten; insbesondere hat er den Außeneinsatz, den Vollzug in halber Freizeit und die Urlaubsgenehmigungen sowie die Zulassung zu den verschiedenen Stufen des progressiven Vollzuges auszusprechen (vgl. Art. 722 Abs. 2, Art. D. 116 Abs. 2 C. p. p.); er hat zu diesen Zwecken mindestens einmal im Monat die Haftanstalten seines Bezirks aufzusuchen, um die Vollzugsbedingungen zu überprüfen (vgl. Art. 727 und D. 176 C. p. p.). Ob ihm jedoch weitergehende Zuständigkeiten zukommen, ist nicht unstrittig³². Jedenfalls aber fehlt ihm die Kompetenz zur Überprüfung aller Akte der Vollzugsverwaltung, und zwar besonders auch der Disziplinarmaßnahmen. Ihm kommt daher kein jurisdiktionaler Charakter zu³³, so daß schon aus diesem Grunde kein Verstoß gegen das Gewaltenteilungsprinzip oder gegen die Rechtskraftwirkung der entschiedenen Sache vorliegen kann. Rechtlich dürfte es bisher noch kaum möglich sein, seinen wirklichen Charakter eindeutig zu bestimmen.

Infolge dieser Beschränkung der Kompetenzen des Vollzugsrichters und seiner fehlenden Jurisdiktionsgewalt liegt die Frage nahe, ob der Gefangene vor einem Gericht die gegen ihn ergehenden Maßnahmen der Vollzugsverwaltung anfechten oder die Vornahme unterlassener Gewährleistungen begehren kann. Es ist dies die alte Frage nach dem *Quis custodiet custodes?*

aa 1) Der Conseil d'Etat hat sich in ständiger Rechtsprechung für unzuständig erklärt, Akte der Vollzugsverwaltung auf ihre Legalität hin zu überprüfen, da diese Maßnahmen sich an den Ablauf der Justizverwaltung anknüpfen („*actes se rattachant au service judiciaire*“ und „*se rattachant aux conditions d'exécution des peines*“).

Mit dieser Begründung hat der Conseil d'Etat auch abgelehnt, selbst tiefgreifende Maßnahmen der Vollzugsverwaltung gegen den Gefangenen zu überprüfen, wie etwa die Ablehnung eines Verlegungsgesuches³⁴, Verweigerung der Entlassung nach Ablauf der Strafzeit³⁵, die Verhängung einer zweiwöchigen Zellenstrafe³⁶, die Verweigerung der Anerkennung als politischer Häftling³⁷, die Verweigerung der ärztlichen Feststellung des schlech-

³² Vgl. Dupréel, *Revdrpén* Bd. 44 (1960/61) S. 111 mit Nachw.; eingehend Picca, *Le Juge de l'application des peines* S. 8 ff.; auch Bouzat, *Traité* Nr. 407 ff. S. 362 ff.

³³ Vgl. Jean Noirel, *D.* 1961 *Chron.* S. 138; Grunau, *Mat.* Bd. 8, 1 S. 512, hält ihn für einen Verwaltungsbeamten.

³⁴ Urteil vom 20. 12. 1918 (Foy), *Rec.* S. 1156.

³⁵ Urteil vom 23. 7. 1920 (Valette), *Rec.* S. 737 f.

³⁶ Urteil vom 28. 7. 1932 (Brunaux), *Rec.* S. 816.

³⁷ Urteil vom 1. 3. 1939 (Troncoso, Las Heras u. a.), *Rec.* S. 130 = S. 1939. 3. 56.

ten Gesundheitszustandes zum Zwecke der Vorbereitung einer Schadensersatzklage gegen die Vollzugsverwaltung ³⁸.

aa 2) Demgegenüber bezweifelt die Rechtslehre, ob der Conseil d'Etat nicht den Begriff „Akt der Rechtsprechung“ (*acte judiciaire*) zu weit faßt, und sucht für die Verweigerung der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle andere Argumente.

So führt etwa Pinatel aus, die Maßnahmen der Vollzugsverwaltung seien Regierungsakte (*actes du gouvernement*) ³⁹. Diese Begründung dürfte jedoch kaum durchschlagen, zieht die Rechtsprechung doch zutreffend den Kreis der Regierungsakte immer enger – eine erfreuliche Tendenz, wenn man bedenkt, daß es sich hier um ein Überbleibsel des alten Begriffes der Staatsraison handelt. Im übrigen fehlt ein generelles Kriterium für die Definition des Regierungsaktes, und es ist seit langem herrschende Meinung, daß eine enumerative Liste der Rechtsprechung die Regierungsakte abschließend aufführt ⁴⁰: In dieser Liste figurieren die Vollzugsmaßnahmen aber nicht.

Andere wollen daher den Ausschluß der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle mit dem Begriff der innerdienstlichen Maßnahme (*mesure d'ordre intérieur*) erklären ⁴¹. Dieser Begriff selbst kann jedoch entgegen Vedel ⁴² nicht mit dem Grundsatz „*de minimis non curat praetor*“ gerechtfertigt werden, denn die Verhängung einer zweiwöchigen Zellenstrafe ist sicherlich für den Betroffenen (und objektiv) kein *minimum*. Die Kompetenzbeschränkung der Verwaltungsgerichte ergibt sich in dieser Hinsicht vielmehr unter dem Gesichtspunkt der Eingliederung des Einzelnen in den Verwaltungsablauf. Man wird aber die Unzuständigkeit der Verwaltungsgerichte für Klagen der Gefangenen gegen Maßnahmen der Vollzugsverwaltung kaum mit diesem Begriff der innerdienstlichen Maßnahme rechtfertigen können, denn die Verwaltungsrechtsprechung läßt in anderen besonderen Gewaltverhältnissen (z. B. im Beamten-, Schüler- und Soldatenverhältnis) eine Verwaltungsklage jedenfalls dann zu, wenn das Grundverhältnis (das „statut“) berührt wird ⁴³. Im übrigen muß auch für Frankreich die weite Ausdehnung des Begriffes „innerdienstliche Maßnahme“ als ein bedenkliches polizeistaatlich-autoritäres Überbleibsel bezeichnet werden ⁴⁴.

aa 3) Erklärt sich somit die Verwaltungsrechtsprechung für inkompetent, Akte der Strafvollzugsverwaltung nachzuprüfen, so ist auch mangels ausdrücklicher Eröffnung des ordentlichen Rechtsweges eine Zu-

³⁸ Urteil vom 27. 2. 1920 (Mahine), Rec. S. 227.

³⁹ *Traité* S. 95 und in RSC Bd. 8 (1948) S. 761.

⁴⁰ Vgl. Odent, *Contentieux* S. 158, 163.

⁴¹ So z. B. Vedel, *Droit administratif* S. 398; auch C. E. in seinem Urteil vom 2. 3. 1938 (Sieur Aubert), Rec. S. 224 (Zurückweisung eines Korrespondenzgesuches).

⁴² A.a.O.; so aber auch Liet-Veaux und Veaux, RDP Bd. 60 (1945) S. 429; Gour, Diss. S. 229.

⁴³ Vgl. C. E. vom 20. 10. 1954 (Chapou), Rec. S. 541; vom 6. 7. 1949 (Andrade), Rec. S. 331 f.

⁴⁴ Vgl. Michel Fromont, *La répartition des compétences entre les tribunaux civils et les tribunaux administratifs en droit allemand*, Diss. Paris 1958, S. 244.

ständigkeit der ordentlichen Gerichte, insbesondere der Strafgerichte, nicht gegeben. Zwar legt Art. 710 C. p. p. die Zuständigkeit des erkennenden Gerichtes für alle die Strafvollstreckung betreffenden Streitigkeiten fest; die traditionelle Auslegung entspricht jedoch weitgehend dem § 458 StPO in Deutschland und gibt insbesondere keine Kompetenz zur Überprüfung der Strafvollzugsakte ⁴⁵.

aa 4) Demgegenüber bejaht die Rechtslehre weitgehend die Zulässigkeit des Verwaltungsrechtsweges ⁴⁶ bzw. die Kompetenz der ordentlichen (Straf-)Gerichtsbarkeit. Pinatel fordert zur Beseitigung des derzeitigen negativen Kompetenzkonfliktes, der im Ergebnis einer Rechtsverweigerung gleichkommt, die Einrichtung besonderer Gerichte ⁴⁷.

Zutreffend erscheint die Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges: Wenn der Verwaltungsrechtspflege auch die Kompetenz für die Überprüfung von Maßnahmen fehlen mag, welche die Verwaltung zur Vollstreckung (und zum Vollzug) eines Urteils erläßt, so erklärt sich der Conseil d'Etat doch andererseits dann für zuständig, wenn die Verwaltung nicht nur die Folgen aus der Verurteilung zieht, sondern eigene Vollstreckungs- und Vollzugsmethoden wählt ⁴⁸. Da für die Zulässigkeit des recours en annulation bereits die Behauptung eines persönlichen Interesses und für die Zulässigkeit des contentieux de pleine juridiction die Behauptung, ein subjektives Recht zu haben, genügen ⁴⁹, müßte der Verwaltungsrechtsweg zulässig sein, wenn der Gefangene mit Aussicht auf Erfolg behauptet (behaupten kann), in einem Recht verletzt zu sein, wenn er also substantiiert darlegen kann, daß die Verwaltung von den gesetzlich vorgesehenen Vollzugsmethoden abgewichen ist.

Der derzeitige faktische Zustand ist jedenfalls in höchstem Maße ungenügend, zumal die Kontrolle der Vollzugsverwaltung durch die Überwachungskommissionen völlig unwirksam ist ⁵⁰. Auch der Rechtsweg zu der Europäischen Menschenrechtskommission ist dem französischen Gefangenen nicht eröffnet, da Frankreich die Rom-Konvention nicht unterzeichnet und entsprechend auch noch nicht die in Art. 25 der Konvention vorgesehene Erklärung abgegeben hat. Daneben besteht allerdings in der V. Republik eine Kommission zur Wahrung der Menschenrechte, die am 7. 5. 1957 durch Dekret eingerichtet wurde und zur Aufgabe hat, Grundrechtsverletzungen festzustellen und darüber dem Premierminister zu berichten (vgl. Art. 2 Dekret Nr. 59-702 vom 9. 6. 1959).

d) Die Lage in Belgien und Italien ist der in Frankreich hinsichtlich der Legalitätskontrolle ähnlich.

⁴⁵ Vgl. Art. C. 820 ff. Instruction générale; Cour de cassation (Chambre criminelle) vom 14. 3. 1961 (Brand'Huy), D. 1961 Jur. S. 303 f.

⁴⁶ So z. B. Pinatel, RSC Bd. 8 (1948) S. 100; Liet-Veaux und Veaux a.a.O. S. 454 f., 458.

⁴⁷ Traité S. 95; ebenso Mouakeh, Diss. S. 3 f., 39.

⁴⁸ Vgl. Odent, Contentieux S. 266 bei und in Anm. 1.

⁴⁹ Vgl. Odent a.a.O. S. 469 f., 605.

⁵⁰ Vgl. Pinatel, Traité S. 95 und a.a.O. S. 100.

aa) Zwar ist auch der belgische Conseil d'Etat generell zur Überprüfung der Gesetzmäßigkeit von Verwaltungsakten berufen, doch verlangt Art. 9 des Gesetzes vom 23. 12. 1946, daß die angegriffene Maßnahme Ausfluß einer Verwaltungsbehörde ist. Auch in Belgien stellt das höchste Verwaltungsgericht die ein Urteil vollziehenden Maßnahmen den reinen Rechtspflegeakten gleich und erklärt sich zur Überprüfung von Strafvollzugsakten für unzuständig⁵¹.

bb) Auch in Italien schließt der Consiglio di Stato nicht nur solche Akte von seiner Kontrolle aus, die innerhalb der Verwaltung bleiben (*atti amministrativi interni*), sondern auch solche, die mit der Vollziehung von Urteilen zusammenhängen (*atti di esecuzione*)⁵².

Die dem Art. 19 Abs. 4 GG in etwa entsprechende Garantie des Art. 24 italien. Verf. wird jedoch wenigstens in gewisser Hinsicht durch den bereits oben S. 186 dargelegten Rechtsschutz erfüllt.

e) In Deutschland hat die verfassungsrechtliche Entwicklung folgerichtig dazu geführt, den Rechtsstaat zum Rechtswegstaat auszubauen. Grundlegend bestimmt Art. 19 Abs. 4 GG: „Wird jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt, so steht ihm der Rechtsweg offen.“

Da nicht von vornherein auszuschließen ist, daß der Gefangene durch die Vollzugsverwaltung in seinen Rechten verletzt wird, muß auch ihm der Rechtsweg gegen Maßnahmen im Strafvollzug offen stehen.

Infolge des Fehlens ausdrücklicher Kompetenznormen war längere Zeit streitig, ob die ordentlichen oder die Verwaltungsgerichte für Klagen des Gefangenen gegen Maßnahmen der Vollzugsverwaltung zuständig sind. Auch hier spiegelte sich somit die alte Streitfrage wider, ob der Vollzug materiell Verwaltung oder Teil der ordentlichen Rechtspflege ist. Wurde häufig die Zuständigkeit der Strafgerichte aus einer erweiternden (verfassungskonformen) Auslegung des § 462 StPO hergeleitet⁵³, so wollten andere aus der Natur des Strafvollzuges als Verwaltungsangelegenheit auf die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte schließen⁵⁴.

aa) Dieser Rechtszustand ist durch die Verwaltungsgerichtsordnung vom 21. 1. 1960 geklärt worden, die in einer ihrer Schluß- und Übergangsbestimmungen das Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz vom 27. 1. 1877 ergänzt.

Gemäß § 25 Abs. 1 EGGVG sind die Oberlandesgerichte (Strafsenat) in erster und letzter Instanz zuständig, über Klagen gegen Maßnahmen auf

⁵¹ Vgl. Buttgenbach, Manuel S. 445 mit Nachw.

⁵² Vgl. Mario B. Angelo Commeno, *Principi generali di diritto amministrativo*, Rom (Dapco) 1957, S. 47.

⁵³ So z. B. BVerwG MDR 1960 S. 249 = DÖV 1960 S. 239; OVG Münster, DÖV 1957 S. 461 (Nr. 157); Ipsen (Diskussionsbeitrag), VVdStRL Heft 15 S. 202.

⁵⁴ So z. B. LVG Hamburg MDR 1955 S. 127; Depenbrock, Diss. S. 171 ff.; Ule, VwGO § 42 Anm. IV 4 b S. 164.

dem Gebiete des Strafvollzuges zu entscheiden⁵⁵. Es handelt sich dabei um ein Antragsverfahren, das in seinem Ausbau den verwaltungsrechtlichen Klagen der Verwaltungsgerichtsordnung (§ 42) nachgebildet ist.

§ 23 EGGVG läßt gegen Akte der Vollzugsverwaltung den Anfechtungsantrag zu⁵⁶, der mit gewissen Vorbehalten dem recours pour excès de pouvoir des französischen Verwaltungsstreitverfahrens vergleichbar ist. Hat der Antrag Erfolg, so wird der angegriffene Akt vom Gericht aufgehoben. Wenn die angegriffene Maßnahme schon vollzogen ist, spricht das Gericht auf Antrag auch aus, daß und wie die Vollzugsbehörde die Vollziehung rückgängig zu machen hat (§ 28 EGGVG). Ein berechtigtes Interesse an dieser nachträglichen Feststellung wird man generell annehmen können, da es für den Fall einer notwendig werdenden Würdigung des Verhaltens des Gefangenen während der Strafverbüßung durchaus von Bedeutung sein kann, ob er zu Recht oder zu Unrecht z. B. einer Disziplinarstrafe unterworfen worden ist⁵⁷. Dasselbe gilt für den Fall, daß der Gefangene Amtshaftungsansprüche zu erheben beabsichtigt. Für die Verneinung oder Bejahung der Rechtswidrigkeit des angegriffenen Aktes gelten dabei die allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts.

Nicht zweifelsfrei ist es, ob der Gefangene alle Anordnungen der Vollzugsverwaltung angreifen kann. Es liegt nahe, die für andere Fälle des besonderen Gewaltverhältnisses entwickelten Einschränkungen zu übertragen, also anzunehmen, daß eine Rechtsverletzung und damit ein Verwaltungsakte nur dann vorliegen können, wenn die Rechtssphäre des Einzelnen berührt wird. Ein angreifbarer Verwaltungsakt liegt daher nicht vor,

⁵⁵ Die Ausschließung eines Instanzenzuges verstößt nicht gegen das Rechtsstaatsprinzip; es gibt keinen Verfassungsgrundsatz, daß im gerichtlichen Verfahren schlechthin eine zweite Instanz erforderlich sei; vgl. BVerfG 4 S. 74–96, 94 f., S. 387–412, 411; 6 S. 1–12, 12; BVerwG DOV 1958 S. 944–946; von Mangoldt-Klein, GG Art. 20 Anm. VI 2 S. 601 f.; a. A. Entschließung des ersten Deutschen Bundestages auf der 160. Sitzung vom 11. 7. 1951; VGH Freiburg, NJW 1952 S. 319. Wenn Maunz-Dürig, GG Art. 19 Abs. 4 Randn. 45, 46 diese Lösung für rechtspolitisch höchst bedenklich halten, so kann dieser Meinung jedenfalls für das Gebiet des Strafvollzuges nicht zugestimmt werden, vgl. auch Grunau, ZStW Bd. 70 (1958) S. 512.

⁵⁶ Eine allgemeine Beschwerde über die Verhältnisse in der Strafanstalt und über die Behandlung genügt nicht, vgl. OLG München vom 9. 9. 1960 (VAs 2/60) (unveröffentlicht); OLG Hamm JVBl 1962 S. 114. Keine Verwaltungsakte und daher nicht anfechtbar sind nach herkömmlicher Auffassung Gnadenerweis und Ablehnung eines Gnadenerweises, vgl. BVerwG NJW 1962 S. 1410, Altenhain, NJW 1963 S. 121 (Urteilsanm.) und in DRiZ 1963 S. 11 mit weiteren Nachw.; a. A. Dürig in Maunz-Dürig, GG Art. 19 Abs. 4 Randn. 27 (und Urteilsanm. in JZ 1962 S. 166 f.), der auf die zunehmende Verrechtlichung des Gnadensverfahrens hinweist und den Gnadestellen nur einen Ermessensspielraum zugesteht; differenzierend Peters, JZ 1960 S. 646 (Buchbespr.) im Anschluß an Fr. Geerds: Gnade, Recht und Kriminalpolitik (Recht und Staat Heft 228/229) 1960. Eine Übersicht über den Streitstand gibt Guntram Blaser, Rechtsakt und Gnadenakt im modernen Rechtsstaat, Diss. München 1962 S. 66 ff. – OLG Frankfurt NJW 1963 S. 121 f. mit abl. Anm. Altenhain bejaht den Rechtscharakter von Entscheidungen der Strafvollstreckungsbehörden über die Gestattung von Wochenendvollzug.

⁵⁷ Vgl. OLG Nürnberg GA 1961 S. 247–250, 248; OLG Bremen vom 15. 7. 1960 (II AR 120/60) (unveröffentlicht).

wenn nur Maßnahmen in Frage stehen, die das Betriebsverhältnis betreffen, wie etwa die Festsetzung der Essens- und Schlafenszeiten im Gefängnis⁵⁸.

Daneben kann der Gefangene im Wege des Verpflichtungsantrages (§ 23 Abs. 2 EGGVG) die Verurteilung der Vollzugsverwaltung anstreben, einen ausdrücklich oder stillschweigend verweigerten Verwaltungsakt zu erlassen. Unter der Geltung der Verwaltungsgerichtsordnung ist streitig geworden, ob der Einzelne insoweit Träger eines subjektiven Rechtes sein muß, damit dieser Klageantrag Erfolg hat.

Die Frage wird weitgehend dadurch gegenstandslos, daß die herrschende Meinung ein subjektives Recht bereits dann annimmt, wenn die Auslegung des in Frage stehenden Rechtssatzes ergibt, daß dieser auch dem Individualinteresse des Einzelnen dienen will. Systematisch dürfte es entgegen einer weit verbreiteten Meinung richtiger sein, das Wesen der Verpflichtungsklage als Leistungsklage in der Geltendmachung eines subjektiven Rechtes zu sehen, da es trotz des Wortlautes des § 42 Abs. 2 VwGO reichlich künstlich erscheint, anzunehmen, der Einzelne wende sich hier nur gegen die in der ausdrücklichen oder stillschweigenden Weigerung seitens der Verwaltung liegende Verletzung seiner Rechtssphäre: Die Natur der Verpflichtungsklage besteht vielmehr nicht in einer Abwehr von Rechtsverletzungen, sondern in einer (angestrebten) Erweiterung des bestehenden Rechtskreises⁵⁹.

Für den Strafgefangenen wird die Bedeutung dieser zweiten Antragsart dadurch praktisch gemindert, daß die Vollzugsverwaltung in der Regel ein gewisses Ermessen hinsichtlich der Gewährung positiver Leistungen hat.

Andererseits erkennen die Verwaltungsgerichte heute allgemein dem Einzelnen ein subjektives Recht auf fehlerfreie Ermessensausübung zu, wenn – wie im Falle des Strafgefangenen – sein Interesse mit im Spiel ist⁶⁰.

Abschließend ist hervorzuheben, daß es sich bei der neuen oberlandesgerichtlichen Rechtsprechung um eine reine Legalitätskontrolle handelt. Eine

⁵⁸ So bereits Tiedemann, JR 1962 S. 6 in Anm. 11 und in RSC Bd. 22 (1962) S. 494; Bachof (Diskussionsbeitrag), VVdStRL Heft 15 S. 203; Ipsen ebda S. 202; Schnorr, JuS 1963 S. 297 (im Anschluß an die Formel von Menger). Allerdings weist Depenbrock, Diss. S. 168 f., zutreffend darauf hin, daß das Grundverhältnis bereits durch § 458 StPO geregelt ist. So entscheidet etwa über Fragen der Strafunterbrechung das Gericht des ersten Rechtszuges gem. § 462 Abs. 1 StPO (vgl. R. Mayer, NJW 1962 S. 1430). Wir haben daher vorgeschlagen (JR 1962 a.a.O.), die Unterscheidung „Grundverhältnis – Betriebsverhältnis“ in einem entsprechenden Sinn zu verwenden (wie oben im Text geschehen), wobei zu dem ersteren insbesondere alle Disziplinarmaßnahmen zu zählen sind.

Eine im Vordringen befindliche Meinung nimmt demgegenüber für die geschlossenen Anstaltsverhältnisse die Anfechtbarkeit aller sich gegen den Gewaltunterworfenen richtenden Akte an; so z. B. Maunz-Dürig, GG Art. 19 Abs. 4 Randn. 25; Ule, VwGO § 42 Anm. IV 4 b S. 164; weitere Nachw. bei Tiedemann a.a.O., Schnorr a.a.O. in Anm. 23.

⁵⁹ Vgl. OVG Lüneburg Bd. 13 S. 492–498, 493.

⁶⁰ Vgl. Ule, VwGO § 42 Anm. II 2 S. 120, § 114 Anm. I S. 387 mit Nachw.; speziell für den Strafvollzug: KG (1. StrS) vom 26. 9. 1960 (1 Ws 307/60) (unveröffentlicht); OLG Oldenburg (1. StrS) vom 20. 12. 1961 (1 VAs 10/61) (unveröffentlicht). Zulässig ist daher etwa ein Antrag auf angemessene, saubere und menschenwürdige Unterbringung in zulänglichen Anstalten, vgl. auch oben S. 171 bei Anm. 273.

aktive Teilnahme des Richters am Erwachsenenstrafvollzug (z. B. im Sinne der Festsetzung der wesentlichen Vollzugsmodalitäten) ist dem deutschen Rechtssystem fremd⁶¹. Diese Zurückhaltung dürfte sich dadurch erklären, daß der deutsche Strafvollzug dem Gedanken der Erziehung und „Behandlung“ erwachsener Gefangener zurückhaltender als etwa das französische und belgische Recht gegenübersteht⁶². Die bisherige Praxis der Oberlandesgerichte wird den großen Schwierigkeiten des Strafvollzuges in erfreulicher Weise gerecht und hat keineswegs zu jenem Klima eines juristischen Antagonismus⁶³ geführt, das etwa Dupréel befürchtet. Im übrigen verbleibt der Verwaltung in aller Regel ein erheblicher Raum, in dem ihr Beurteilungsermessen frei ist⁶⁴. Ein solches Ermessen besteht insbesondere bei allen Kann- und Sollvorschriften⁶⁴. Bei einer zusammenfassenden Betrachtung der bisherigen Rechtsprechung der Strafsenate zum Vollzug drängt sich freilich der Eindruck auf, daß die anfangs tatkräftig angegangene Überprüfung der Vollzugsakte bereits einer Tendenz zum Einschränken und Abstandhalten weicht. Sollte diese Beobachtung richtig sein, so wäre allerdings mit der Institution des (jetzigen) Rechtsschutzes im Strafvollzug nur einem sehr formal verstandenen Rechtsstaat Genüge getan. In durchaus ähnlicher Weise scheint sich in Frankreich die neue Beteiligung des Richters am Vollzug ein-

⁶¹ Zu der insofern abweichenden Rechtslage in Italien vgl. oben S. 186 und Grunau, ZStW Bd. 70 (1958) S. 507 f.

⁶² Anders ist die Lage im deutschen Jugendstrafvollzug. Hier besteht die Beteiligung des Richters nicht nur in der allgemeinen Legalitätskontrolle, sondern der Jugendrichter ist stets zugleich Vollstreckungsleiter (vgl. § 82 Abs. 1 JGG). Der Jugendarrest liegt in Ausspruch und Vollziehung ganz dem Jugendrichter ob. Als Vollzugsleiter (vgl. § 90 JGG) hat er die Leitung des gesamten Vollzugsgeschehens. Bei der Jugendstrafe ist der (Jugend-)Richter dagegen gem. §§ 84 f. JGG nicht als Vollzugs- sondern nur als Vollstreckungsleiter beteiligt; als solcher veranlaßt er insbesondere die Überführung des Verurteilten in den Vollzug und trifft alle notwendigen Rechtsentscheidungen hinsichtlich der Vollzugsgestaltung. – Organisatorisch ist auch der Jugendrichter nach geltendem Recht Glied der allgemeinen Prozeßgerichtsbarkeit. Die herrschende, aber nicht unbestrittene Auffassung geht davon aus, daß er als Vollstreckungsleiter Aufgaben der Justizverwaltung wahrnimmt und seine Anordnungen somit im allgemeinen den Charakter von Verwaltungsakten haben; der Vollstreckungsleiter ist insoweit Verwaltungsbeamter und an Weisungen gebunden, vgl. Dallinger-Lackner, JGG § 83 Randn. 2; § 90 Randn. 29; Randn. 10 vor § 83; Eb. Schmidt, Lehrkommentar Bd. I Nr. 390. Als unabhängiger Richter handelt er dagegen kraft ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift bei der Entscheidung über die Umwandlung von Freizeit in Kurzarrest (§ 86 JGG), bei der Entscheidung über das Absehen von der Vollstreckung nach Teilverbüßung des Jugendarrestes (§ 87 Abs. 3 JGG) und bei der Entscheidung über die Entlassung zur Bewährung (§ 88 JGG). – Zu den erzieherischen Aufgaben des Jugendrichters vgl. Württenberger, Der Jugendrichter als Miterzieher jugendlicher Rechtsbrecher, in Kriminalbiologische Gegenwartsfragen, Heft 5 (1962) S. 154 ff.

⁶³ Dabei ist es im praktischen Ergebnis gleichgültig, ob man von „Ermessen“ oder von einem „Beurteilungsspielraum“ spricht; vgl. zu diesen Begriffen Ule, VwGO § 114 Anm. II S. 387 ff. (vgl. auch bereits oben S. 145 in Anm. 168).

⁶⁴ Vgl. OVG Münster DÖV 1961 S. 627 f. Bei Sollvorschriften ist allerdings „der Ermessensspielraum ... gering“. Weitergehend lehnt BVerwG DVBl 1960 S. 252 = DÖV 1960 S. 237 Nr. 32 (außer bei Nachweis besonderer Umstände) insoweit jeden Ermessensspielraum ab.

fach aus Gründen der Arbeitsüberlastung der eingesetzten Beamten als ein Schlag ins Wasser zu erweisen⁶⁵.

Der dem Gefangenen in Deutschland gewährte Rechtsschutz kennt freilich noch weitere Formen:

bb) Wie jedem Bürger, so steht auch dem Gefangenen nach Erschöpfung des Rechtsweges gegen Grundrechtsverletzungen die Verfassungsbeschwerde (§§ 90 ff. BVerfGG) zu, und zwar sowohl gegen tatsächliche Handlungen als auch gegen Verwaltungsakte⁶⁶.

Da die Zulässigkeit dieses Rechtsbehelfes an die Erschöpfung des Rechtsweges geknüpft ist, kommt ihm nur subsidiärer Charakter zu. Ist die Beschwerde begründet, so annulliert das Bundesverfassungsgericht den streitigen Akt und spricht auf Antrag zugleich aus, daß jede Wiederholung der beanstandeten Maßnahme das Grundgesetz verletzen würde (§ 95 Abs. 1 S. 2 BVerfGG).

cc) Daneben hat der Gefangene das Recht, sich nach Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtsweges⁶⁷ mit einer Beschwerde wegen Verletzung der Menschenrechte an die europäische Menschenrechtskommission zu wenden (vgl. Art. 25 f. Rom-Konvention). Die Unterzeichnerstaaten (zu denen u. a. auch Belgien gehört) sind nach Art. 25 Abs. 1 S. 2 der Konvention gehalten, die wirksame Ausübung dieses Beschwerderechtes in keiner Weise zu behindern, und das deutsche Bundesjustizministerium hat in einem Runderlaß vom 31. 5. 1957 (Nr. 947 012-46-638/57) alle Strafvollzugsbehörden nachdrücklich auf diese Verpflichtung hingewiesen.

Die Beschwerde ist nicht nur zulässig, wenn der Beschwerdeführer eine Verletzung der im ersten Abschnitt der Rom-Konvention oder im Zusatzprotokoll vom 20. 3. 1952 verankerten Grundrechte geltend macht, sondern wegen Verletzung des Beschwerderechtes auch, wenn die Vollzugsbehörde ihn daran hindert, mit der Menschenrechtskommission wegen der Erhebung der Beschwerde schriftlichen Kontakt aufzunehmen und mit ihr bis zur Er-

⁶⁵ Vgl. Bouzat, *Traité* Nr. 407 S. 363.

⁶⁶ Vgl. Röhl, *JZ* 1954 S. 69; Jescheck, in *Hugueney-Ancel* Bd. II S. 293 bei Anm. 1; Depenbrock, *Diss.* S. 161. Eine Verfassungsbeschwerde kennen auch das schweizerische und das italienische Recht, vgl. Art. 178 ff. des schweizerischen Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 23. 3. 1893 bzw. vom 6. 10. 1911 und Art. 134 ff. italien. Verfassung, italien. Gesetze vom 9. 2. 1948, vom 1. und 11. 3. 1953, vom 16. 3. 1956. Auch in der Schweiz und in Italien kann sich der Gefangene dieses Rechtsbehelfes bedienen, vgl. Zürcher, in *Hafner-Zürcher* S. 98. Vgl. auch Gaetano Azzariti, *Die Stellung des Verfassungsgerichtshofs in der italienischen Staatsordnung*, *JöR n. F.* Bd. 8 (1959) S. 13-27.

⁶⁷ Dazu gehört auch die Erschöpfung der Verfassungsbeschwerde, wenn die angebliche Verletzung der Rom-Konvention zugleich eine Verletzung des Grundgesetzes darstellen würde, vgl. Entscheidungen der Kommission vom 31. 5. 1956 (Nr. 27/55), Dec. S. 138 f.; vom 20. 12. 1957 (Nr. 302/57), Dec. S. 219-222, 221; vom 17. 3. 1958 (Nr. 302/57); vom 8. 1. 1959 (Nr. 222/56), *Annuaire* S. 344-352. Ferner ist auch bei einem etwa bestehenden Landesverfassungsgericht Beschwerde einzulegen, wenn dessen Kompetenz gegeben ist, vgl. Entscheidung vom 16. 12. 1957 (Nr. 254/57), Dec. S. 150-153, 151; Weil, *European Convention* S. 106.

ledigung der Angelegenheit in Verbindung zu bleiben⁶⁸. Eine Behinderung der Ausübung des in Art. 25 Rom-Konvention garantierten Rechtes liegt jedoch nicht schon dann vor, wenn die Vollzugsverwaltung dem Gefangenen nicht generell erlaubt, von Verwandten oder Freunden zusätzliche Besuche zu empfangen, um mit ihnen die Modalitäten einer Beschwerde an die Menschenrechtskommission zu diskutieren oder die Kommission über einen Dritten mit einer solchen Beschwerde zu befassen (obwohl der Gefangene die Möglichkeit hat, sich direkt – selbst oder durch einen Anwalt – an die Kommission zu wenden)⁶⁹. Ebenso wenig stellt eine gewisse Verzögerung der Beschwerdeeinlegung durch Maßnahmen der Vollzugsverwaltung schon eine Beeinträchtigung des Beschwerderechtes selbst dar⁷⁰.

Gelingt der Kommission keine gütliche Beilegung des Streites, so kann sie gem. Art. 44, 47 f. Rom-Konvention den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte mit der Angelegenheit befassen.

Der Gerichtshof hatte übrigens bereits in seinen ersten beiden Urteilen gerade in Haftfragen zu entscheiden:

Sein erstes Judikat erging in einer Beschwerdesache des Irländers Lawless gegen die irische Regierung. Der Beschwerdeführer sah sich durch eine Internierung auf Grund Verwaltungsentscheidung in dem durch Art. 5 Abs. 1 S. 2 Rom-Konvention geschützten Grundrecht der individuellen Freiheit verletzt. Der Gerichtshof stellte mit Urteil vom 1. 7. 1961 fest, die Internierung auf Grund einer Verwaltungsentscheidung verletze in der Tat das Grundrecht der individuellen Freiheit, sei aber im konkreten Fall infolge der kriegsähnlichen Situation z. Z. der Gefangenhaltung des Beschwerdeführers durch die Ausnahmeklausel des Art. 15 Rom-Konvention gerechtfertigt⁷¹.

Die zweite Sache betraf einen belgischen Bürger, gegen den neben der Verhängung einer Freiheitsstrafe auf Grund Art. 123 Nr. 6 belg. C. p. auf Verlust der Pressefreiheit erkannt worden war. Der Beschwerdeführer machte einen Verstoß gegen die in Art. 10 Rom-Konvention garantierte Freiheit der Meinungsäußerung geltend. Das belgische Parlament beilegte sich daraufhin, mit Gesetz vom 30. 6. 1961 die fragliche Bestimmung des C. p. abzuschaffen, so daß bereits dieses Verfahren die Wirksamkeit des von der Rom-Konvention eingeführten internationalen Rechtsschutzsystems, und zwar auch und gerade im Hinblick auf Strafverurteilungen, deutlich macht⁷².

⁶⁸ Vgl. Wiebringhaus, Rom-Konvention Art. 28 Anm. III A; Tiedemann, RSC Bd. 22 (1962) S. 495.

⁶⁹ Vgl. Entscheidung der Kommission vom 28. 8. 1859 (Nr. 499/59), *Annuaire* S. 397–400, 399 f.

⁷⁰ Vgl. Entscheidung der Kommission vom 6. 7. 1959 (Nr. 369/58), *Annuaire* S. 376–382, 380.

⁷¹ Das Urteil ist abgedruckt in *ZaöR* Bd. 21 (1961) S. 727–763 (mit Anm. von Hans Huber S. 649–666); eingehend Weil a.a.O. S. 50 f., 51 f.; Ganji, *International Protection* S. 263 ff.

⁷² Ein Bericht über dieses Verfahren (in Sachen de Becker) findet sich im *Bulletin de la Commission Internationale de Juristes* Nr. 12 (Dezember 1961) S. 31–35; vgl. ferner Ganji a.a.O. S. 256 ff.; Weil a.a.O. S. 66 f. Zu dem entsprechenden Problem in Deutschland vgl. (im Hinblick auf § 42 I StGB, Art. 5, 12 GG) BGHSt 17 S. 38–44; Čopić, *Berufsverbot und Pressefreiheit*, *JZ* 1963 S. 494–500.

ZUSAMMENFASSUNG UND AUSBLICK

1. Die Einzelheiten der vorliegenden Arbeit dürften den Unterschied deutlich gemacht haben, der das französische (und das belgische) vom deutschen Vollzugsrecht trennt.

Während die deutsche Auffassung neben der Berücksichtigung menschlicher und kriminalpädagogischer Belange zu einer Dogmatisierung und Betonung des Rechtlichen neigt, tritt im französischen Vollzugsrechtsdenken bisher ein weitgehender, ja fast ausschließlicher Empirismus zutage. Die Lösung der rechtsvergleichenden Aufgabe wurde dadurch erschwert, daß eine rechtliche Durchdringung des Strafvollzuges mit den Prinzipien und Normen des Verfassungsrechtes und damit generell die Verbindung des Vollzugsrechtes zum öffentlichen Recht in Frankreich und Belgien so gut wie ganz fehlt. Zugleich haben wir jedoch deutlich zu machen versucht, daß diese Isolierung der Vollzugsvorschriften weder durch die Hierarchie der Rechtsquellen noch in sonstiger Weise durch das System des französischen Rechts geboten ist und sich juristisch nicht rechtfertigen läßt.

Wurde uns von den einen versichert, die großen Prinzipien des Verfassungsrechtes seien so tief in die Praxis auch des Strafvollzuges eingedrungen, daß es ihrer ausdrücklichen Hervorhebung und steten Heranziehung nicht mehr bedürfe, so haben uns andere nicht weniger fachmännische Gesprächspartner bestätigt, daß die Vollzugsverwaltung – selbstverständlich in gewissen Grenzen – tun könne, was sie für richtig halte. Daß ein solcher experimenteller Charakter des Strafvollzuges nicht durch die Eigenart des Sachgebietes völlig gerechtfertigt werden kann, liegt nach deutscher (!) Rechtsauffassung auf der Hand. In Frankreich wie in Belgien wird demgegenüber offen und häufig ausgesprochen, der Vollzug müsse dem Gesetz stets einen Schritt voraus sein und die gesetzliche Regelung müsse als Bestätigung nachfolgen.

2. Bedenklich erscheinen beide Extreme: Die Verwaltung kann ihrer schweren Aufgabe der Behandlung erwachsener Menschen sicherlich nicht gerecht werden, wenn die dogmatische und überhaupt die rechtliche Festlegung und Beschränkung zu weit getrieben wird. Die mehr humanitäre Geste einer Zuerkennung von Rechten nützt dem Gefangenen andererseits wenig, wenn die Verwaltung ihn nach freiestem Ermessen behandeln kann. In dieser letzteren Hinsicht erscheint uns die Isolierung des französischen Vollzugsrechtes allzu weit zu gehen, und nichts ist hierfür kennzeichnender als eine Äußerung von Charles Germain bei den Beratungen des europäischen Komitês für Kriminalprobleme am 27. 11. 1958. Germain führte hier aus, die Grundrechtskataloge seien nur für den freien Bürger geschaffen

und hätten für den Gefangenen keine Geltung¹. Wenngleich diese Äußerung alsbald treffend widerlegt wurde, ist sie doch zumindest deutlicher Ausdruck des gänzlich undoktrinellen Geistes des französischen Vollzugsrechtssystems.

Dieses Fehlen einer Dogmatik kennzeichnet jedoch nicht nur das Vollzugsrecht, und nichts liegt uns ferner, als diese undoktrinelle, mehr praktisch ausgerichtete Einstellung der französischen Rechtswissenschaft kritisieren zu wollen.

Immerhin wird der Gegensatz beider Rechtsordnungen an unserem Thema besonders sichtbar, und trotz äußerer Gemeinsamkeit – das französische und das deutsche Verwaltungsrecht gehören im Grunde demselben System an – kann nicht darüber hinweggesehen werden, daß die Auffassungen von (abstrakten) subjektiv-öffentlichen Rechten des Einzelnen gegenüber dem Staat recht verschieden sind, so daß noch 1949 sehr zu Recht gefordert werden konnte, die rein faktische Beziehung des französischen Gefangenen zum Staat und damit zur Vollzugsverwaltung müsse endlich eine rechtliche werden.

Wir möchten auf der anderen Seite auch meinen, daß der Vorwurf des Doktrinalismus der deutschen Rechtswissenschaft von der französischen oft allzu schnell gemacht wird. Für den Bereich des Vollzugsrechtes hat das Beispiel Italiens seit 1913 und insbesondere seit 1930 hinreichend gezeigt, daß die richterliche Kontrolle des Strafvollzuges notwendig zu einer eingehenderen Erörterung der Rechtsstellung des Gefangenen führen muß. Erhält der *juge de l'application des peines* eines Tages – wie bereits erwogen – jurisdiktionellen Charakter oder erklärt sich die Rechtsprechung endlich zur Legalitätsüberprüfung von Vollzugsverwaltungsakten für kompetent, so wird auch die französische Vollzugswissenschaft sich nicht länger mit rein praktischen Erwägungen begnügen können – und ebenso wie die derzeitige Regelung des Übertretungsrechtes durch Verordnung als verfassungswidrig bezeichnet worden ist, steht nichts im Wege, dann auch an Hand praktischer Fälle die Verfassungsmäßigkeit des Verordnungsteils im V. Buch des Code de procédure pénale zu überprüfen.

Daß die französische Wissenschaft auch dann nicht von einem abstrakten Dogmatismus sondern von der konkreten Fallproblematik ausgehen wird, ist dabei ohne Belang und vielleicht sogar fruchtbares Erbe des römischen Rechtsdenkens. Ein praktisches Beispiel für die Art, in der die französische Rechtslehre einmal zur Vereinbarkeit der individuellen Freiheit mit den Beschränkungen im Strafvollzug Stellung nehmen könnte, mag heute

¹ Zur Erforschung und strafrechtlich-methodischen Bedeutung des Wirklichkeitsbefundes vgl. allgemein Jescheck, Die weltanschaulichen und politischen Grundlagen des Entwurfs eines Strafgesetzbuches (E 1962), ZStW Bd. 75 (1963) S. 1–15, 2 und besonders K. Peters, Die strafrechtsgestaltende Kraft des Strafprozesses, Tübingen (Mohr) 1963 (Recht u. Staat H. 276/277); ferner (für das amerikanische Strafrecht) Richard M. Honig, Entwurf eines Strafgesetzbuches für die Vereinigten Staaten von Amerika (Model Penal Code), ZStW Bd. 75 (1963) S. 63–97, 73; (für das italienische Recht) Silvio Ranieri, Manuale di diritto penale, Bd. I (3. Aufl. Padua 1956) S. 13 mit Nachw.

schon die Diskussion um die Frage der Zulässigkeit der Narkoanalyse im Strafprozeß bieten². Allerdings dürfte es noch eine Weile dauern, bis auch in den übrigen Rechtsbereichen die Wandlung von der nur-programmatischen und politischen Bedeutung der Grundrechte zu unmittelbar geltendem Recht bekannt und in ihren praktischen Folgerungen erkannt worden ist. Bereits heute ist die Folgerung der rechtlichen Unterordnung der Verordnungen unter die verfassungsmäßigen Grundrechte trotz der fehlenden Legalitätskontrolle im Strafvollzug kein rein theoretisches Problem mehr: Sämtliche Bestimmungen des Verordnungsteils des V. Buches des Code de procédure pénale hätten innerhalb der Anfechtungsfrist vor dem Conseil d'Etat mit dem recours pour excès de pouvoir angegriffen werden können. Allerdings kann nach Ablauf dieser Frist die Verfassungsmäßigkeit dieser Bestimmungen auch nicht mehr impliziter im Rahmen einer Schadensersatzklage geprüft werden.

3. Eine Reihe von Vorbehalten bringt das deutsche Rechtsdenken der neuen *défense-sociale*-Lehre entgegen³, wenngleich diese in der insbesondere von Marc Ancel vertretenen konzilianteren Form zahlreiche Exzesse aufgegeben hat, die sich nicht nur bei den Positivisten der Jahrhundertwende sondern auch heute noch – etwa bei Filipo Gramatica – finden.

Zwar liegen die Zeiten noch nicht allzu weit zurück, in denen schwere Rechtsbrüche die Ausstoßung des Kriminellen aus der staatlichen Gemeinschaft nach sich zogen (durch Friedloslegung im alten und durch Landesverweisung und Deportation im neueren Recht), doch scheint uns heute die Verteidigung der Gesellschaft an Schranken gebunden, die etwa das absolut unbestimmte Strafurteil und damit eine Gefangenschaft bis zum Eintritt einer feststellbaren Besserung als Verletzung der unverwirkbaren menschlichen Würde erscheinen lassen⁴. Die klassische Auffassung in Frankreich ist noch derselben Meinung, doch stellt die neue Lehre von der Gesellschaftsverteidigung heute praktisch die einzige ausgeprägte Richtung in einem Strafrechtssystem dar, das an dogmatischen Fragen kaum interessiert ist.

Zu bedenken ist allerdings, daß das unbestimmte Strafurteil bereits heute in der französischen und deutschen Praxis wenn auch etikettiert besteht:

² Vgl. etwa Robert Vouin, *L'emploi de la narco-analyse en médecine légale*, D. 1949 Chron. S. 101–108; Jean Carbonnier, D. 1947 Jur. S. 508–511 (Urteilsanmerkung).

³ Vgl. Engisch, GA 1962 S. 30–31, 31 (Buchbesprechung); Jürgen Baumann, Schuld und Verantwortung, JZ 1962 S. 41–48, 41; Ernst Heinitz, Die Individualisierung der Strafen und Maßnahmen in der Reform des Strafrechts und des Strafprozesses, Berlin (de Gruyter) 1960, S. 16 f., 19, 23; Bruns, GA 1959 S. 197 ff.; Sax, Grundrechte Bd. III, 2 S. 935 f.; Eb. Schmidt, ZStW Bd. 69 (1957) S. 361. Allerdings waren ähnliche Gedanken der Gesellschaftsverteidigung in Deutschland bereits von Max Grünhut vertreten worden, und die symptomatische Verbrechensauffassung von Tesar und Kollmann ging im Grunde in dieselbe Richtung.

⁴ Vgl. Peters, JR 1951 S. 752 (anders für das Jugendstrafrecht, vgl. a a O. bei Anm. 3 und in ZStW Bd. 58 (1939) S. 567–597, 581 ff. [„Die unbestimmte Verurteilung im Jugendstrafrecht“]); ebenso für das französische Recht: Fleur, Diss. S. 132; für Belgien: Dupréel, Aspects S. 124; für Italien: Bettiol, Rivdirprocpen Bd. 1 (1958) S. 642; für England: Elkin, Penal System S. 207.

als relativ unbestimmtes Urteil in dem Institut der bedingten Entlassung (*libération conditionnelle*), als absolut unbestimmtes Urteil in der deutschen Sicherungsverwahrung⁵ und der französischen Relegation, die den gefährlichen Gewohnheitsverbrecher und den Rückfallverbrecher (*multirécidiviste*) trifft und bei Feststellung des *état dangereux* durch den Richter zu zeitlich unbestimmter Gefangenhaltung führt⁶.

Die neue Lehre von der Gesellschaftsverteidigung sieht jedoch darüber hinaus in der Straftat nur ein Symptom für die Gefährlichkeit (*periculosità*) des Einzelnen und strebt – insoweit folgerichtig – die Bestrafung vordeliktischer Gefährlichkeit an; zugleich führt sie zu einer Entjuridifizierung des Strafrechtes, wobei die Vertreter des klassischen Strafrechtes als bloße „Techniker des Rechts“ angesehen werden, die den sozialen Fortschritt hemmen⁷. Demgegenüber ist zuzugeben, daß es ein offensichtlicher Notbehelf der klassischen Strafrechtsauffassung ist, besonders eklatante sozialwidrige Zustände – wie das Landstreichertum und das Prostituiertenwesen – als strafbares Delikt zu deklarieren. Gleichwohl bringt nicht nur das deutsche Strafrechtsdenken aus verfassungsrechtlichen Erwägungen heraus den Forderungen jener neuen Lehre ganz grundsätzliche Bedenken entgegen⁸.

4. Bei all dieser Kritik nach beiden Seiten soll jedoch nicht versäumt werden, noch einmal darauf hinzuweisen, daß die derzeitige französische

⁵ § 42 e StGB verstößt nicht gegen die Rom-Konvention, da sich diese bewußt nicht auf bestimmte Strafzwecke festlegt, sondern nur eine gesetzliche Regelung der Freiheitsentziehung fordert, vgl. R. Herzog, AöR Bd. 86 (1961) S. 214; vgl. ferner BVerfG 2 S. 118–121, 119 (Im Hinblick auf Art. 104 Abs. 1 GG); Stree, Deliktsfolgen S. 218 ff. mit Nachw.; Weil, European Convention S. 49.

⁶ Vgl. Stefani-Levasseur, Droit pénal Nr. 335, 450, 493, 498, 563.

⁷ Ancel, SchwZStrafR Bd. 71 (1956) S. 16; vgl. auch Bouzat, Traité Nr. 50 III S. 61; Gassin, RSC Bd. 23 (1963) S. 245. Zum Begriff der vordeliktischen Gefährlichkeit zuletzt Charles d'Eszlary, La notion de l'état dangereux prédelictuel, Revpénit 1963 S. 247–252.

⁸ Vgl. Luis Jiménez de Asúa, La systematisation juridique de l'état dangereux, in: Le problème de l'état dangereux, II^e cours international de criminologie, Paris (Justizministerium und Unesco) 1954, S. 356–366, 358, 360, 365 und in Tratado Bd. 2 S. 112 ff., 117 f. mit Nachw. –

Es würde den Rahmen dieser Arbeit weit überschreiten, die in diesem Zusammenhang auftretenden Fragen nach den Möglichkeiten und Grenzen des deutschen Schuldstrafrechtes zu untersuchen. Immerhin sei bemerkt, daß die philosophische Basis des deutschen Strafrechts in manchem eine wirksame Bekämpfung des Verbrechertums verkürzt. Insbesondere neuere psychiatrische Erkenntnisse führen zu der Frage, ob die Schuld nicht in Wahrheit eine Fiktion (im Sinne einer notwendigen Arbeitshypothese) darstellt, und es sollte zu denken geben, daß selbst führende Vertreter des Schuldgedankens die Zweispurigkeit des heutigen Systems ablehnen. Die Brüchigkeit des Schuldstrafrechtes zeigt sich ebenso im Entwurf 1962 wie in der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, der praktisch die (von ihm im Prinzip nicht anerkannte) Lebensführungsschuld zur Ausschließung der Tat-schuld heranzieht. Folgerichtig müßte diese Entwicklung zu häufigem Freispruch gerade bei den schwersten Sittlichkeitsdelikten führen – eine Konsequenz, die aus zutage liegenden Gründen nicht gezogen wird.

Die zweckmäßige Lösung der im Text aufgeworfenen Frage nach einer richtigen Behandlung und Bekämpfung sozialwidriger Zustände (Landstreichertum, Prostituiertenunwesen) könnte freilich ebenso einfach wie wirksam durch Ausgliederung dieser Tatbestände aus dem Kriminalstrafrecht und Zuweisung an die Sozialhilfe erfolgen.

(ebenso die mehrfach zitierte argentinische) Regelung des Strafvollzuges in enger Anlehnung an die Minima-Erklärung erarbeitet und Ausdruck eines ebenso modernen wie humanen Erziehungsvollzuges ist und mit wenigen Ausnahmen (Schweigegebot, inhaltliche Begrenzung der Korrespondenz, zu starke Einengung der Pressefreiheit in der Form der Veröffentlichung literarischer Werke) den verfassungsrechtlichen Normen voll gerecht wird. Wir wollen daher nicht versäumen, sie der bevorstehenden deutschen Vollzugsrechtsreform nachdrücklich als Beispiel zu empfehlen.

Hinsichtlich der vorläufig noch in Geltung befindlichen deutschen Dienst- und Vollzugsordnung von 1961 haben wir einige erhebliche Zweifel hinsichtlich der Vereinbarkeit verschiedener Bestimmungen mit dem Grundgesetz anzumelden. Das in Nr. 74 DVollzO implizit enthaltene Schweigegebot dürfte dem Persönlichkeitsrecht und der menschlichen Würde widersprechen, die Möglichkeit des Ausschlusses von Veranstaltungen der Seelsorge (Nr. 135) durch die Kriterien „aus Gründen der Sicherheit und Ordnung“ ist nicht hinreichend genau umschrieben. Wegen Verstoßes gegen § 16 Abs. 2 StGB ist Nr. 214 Abs. 1 DVollzO nichtig, da das gesetzliche Recht des Gefängnisgefangenen auf eine seinen persönlichen Fähigkeiten und Verhältnissen angemessene Arbeit nicht durch die Dienst- und Vollzugsordnung als nachgehendes Recht auf die in den Anstalten eingeführten Arbeiten beschränkt werden kann. Nur bei verfassungskonformer Auslegung sind die Sätze 2 und 3 der Nr. 51 Abs. 2 haltbar, da es außer bei Vorliegen ungewöhnlicher Umstände – die im Strafvollzug jede (den Körper möglichst schonende) Zwangsmaßnahme rechtfertigen – nicht vertretbar ist, die Entscheidung über das Behaltendürfen von Ehering und Familienlichtbildern in das Ermessen der Vollzugsverwaltung zu stellen (Art. 1 Abs. 1, 6 Abs. 1 GG). Auch Nr. 182 Abs. 1 Ziff. 2, 3 in Verbindung mit Nr. 129 DVollzO kann nur eingeschränkte Rechtsgültigkeit beanspruchen (Art. 5 Abs. 1 S. 1, 2. Halbsatz). Nr. 67 Abs. 2 DVollzO stimmt zwar mit der Regelung in § 22 StGB überein; es erscheint jedoch zumindest zweifelhaft, ob eine dreijährige Einzelhaft nicht die Gesundheit des Gefangenen beeinträchtigt. Endgültig läßt sich diese Frage nur mit Hilfe medizinischer Erfahrungen beantworten. Steht fest, daß die dreijährige Einzelhaft den körperlichen oder geistig-seelischen Gesundheitszustand schädigt, so sind beide Normen ebenfalls nur bei verfassungskonformer Auslegung haltbar (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG).

ANHANG *

Ministerkomitee des Europarates

Wahlrecht, bürgerliche und soziale Rechte des Gefangenen

Empfehlung 195

EntschlieÙung (62) 2

(angenommen von den Ministerdelegierten am 1. 2. 1962)

Das Ministerkomitee, –

nach Kenntnis der Empfehlung 195 der beratenden Versammlung für die Strafrechtsreform und der EntschlieÙung, die am 6. Juni 1961 von den Ministern der europäischen Justizministerkonferenz zu Paris angenommen worden ist ¹,

in dem Bewußtsein der Notwendigkeit, in den Mitgliedstaaten des Europarates ein Vollzugssystem zu fördern, das in der Achtung vor der Menschenwürde den Schutz der Gesellschaft sichert;

in der Erkenntnis, daß in dieser Hinsicht die „Einheitlichen Mindestgrundsätze für die Behandlung der Gefangenen“, die am 30. August 1955 von dem I. Kongreß der Vereinten Nationen über Verbrechenverhütung und Behandlung Straffälliger angenommen worden sind, der Ergänzung durch ein gemeinsames Abkommen bedürfen, welches die Grenzen festlegt, die der Freiheitsentzug legitimerweise der Ausübung der mit der Persönlichkeit unlösbar verbundenen Rechte durch den Gefangenen setzt;

empfiehlt den Mitgliedstaaten des Europarates die Anwendung der nachfolgenden Bestimmungen unter Beachtung der Verfassungsgrundsätze und der internationalen Verpflichtungen eines jeden Landes:

A. Allgemeine Grundsätze

1. Diese Bestimmungen regeln die Auswirkungen der Gefangenschaft auf das Wahlrecht, auf die bürgerlichen und die sozialen Rechte, die dem Untersuchungs- oder Strafgefangenen zustehen würden, wenn er frei wäre. Sie

* Übersetzung vom Verf. (Amtlicher französischer Wortlaut in einem vom Generalsekretariat des Europarates herausgegebenen Sonderdruck 1962; die im wesentlichen gleichlautende, von der europäischen Justizministerkonferenz 1961 angenommene Empfehlung des europäischen Komitees für Kriminalprobleme ist im französischen Wortlaut in RSC Bd. 16 [1961] S. 649–657 abgedruckt.)

¹ Diese EntschlieÙung ist im deutschen Wortlaut abgedruckt in „Bewährungshilfe“ Jg 8 (1961) S. 349–352.

stellen beispielhafte Anwendungsfälle von Mindestgrundsätzen dar, die den beteiligten Ländern gemeinsam sind.

2. Beruht die Entziehung der in Nr. 1 genannten Rechte in einem Staat auf Gesetz, so sollen diese Bestimmungen bei einer etwaigen Gesetzesänderung berücksichtigt werden.

Bei Schweigen des Gesetzes sind sie als Ausdruck des europäischen Rechtsbewußtseins anzusehen.

3. Diese Bestimmungen beruhen auf dem Grundsatz, daß die bloße Tatsache der Gefangenschaft dem Gefangenen die vorgenannten Rechte nicht entzieht. Doch kann ihre Ausübung beschränkt werden, wenn sie mit den Zielen des Freiheitsentzuges oder mit der Aufrechterhaltung der Ordnung und Sicherheit in der Vollzugsanstalt unvereinbar ist.

4. In keinem Fall dürfen die Bestimmungen dieser Empfehlung als Begrenzung oder Beeinträchtigung der Grundrechte ausgelegt werden, die in der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten und ihrem Zusatzprotokoll anerkannt sind.

B. Wahlrecht

5. Ist es nach dem Gesetz gestattet, ohne persönliches Erscheinen im Wahllokal zu wählen, so wird dem Gefangenen diese Möglichkeit zuerkannt, wenn und soweit er nicht des Wahlrechtes auf Grund Gesetzes oder Richterspruches verlustig ist.

6. Dem wahlberechtigten Gefangenen ist Gelegenheit zu geben, die für die Ausübung dieses Rechtes dienlichen Informationen zu erhalten.

C. Bürgerliche Rechte

7. a) Vorbehaltlich der Bestimmungen der Nr. 8 wird der Gefangene durch die bloße Tatsache der Gefangenschaft nicht daran gehindert, seine bürgerlichen Rechte persönlich oder durch einen Vertreter auszuüben.

b) Ist dem Gefangenen die persönliche Ausübung seiner Rechte unmöglich, so kann er sich vertreten lassen.

8. Die Vollzugsbehörde kann dem Gefangenen die Ausübung der ihm zustehenden bürgerlichen Rechte untersagen:

a) wenn diese Ausübung mit den Zielen der Gefangenschaft oder des (erzieherischen) Strafvollzuges (*traitement pénitentiaire*) unvereinbar ist;

b) bei einem Strafgefangenen, wenn diese Ausübung ohne Gefahr bis zu seiner Entlassung aufgeschoben werden kann.

D. Soziale Rechte

9. Ansprüche auf Leistungen der Sozialversicherung, die der Gefangene vor seiner Inhaftierung erworben hat, werden durch die bloße Tatsache der Gefangenschaft nicht berührt.

10. Es sind die notwendigen Maßnahmen zu treffen, um dem Gefangenen während seines Aufenthaltes in der Vollzugsanstalt im Rahmen des Möglichen seine Ansprüche auf diese Leistungen zu erhalten.

11. Die Erbringung der finanziellen Leistungen an den Gefangenen kann während der Gefangenschaft ausgesetzt oder eingeschränkt werden. Diese Bestimmung gilt nicht für Renten, auf die der Gefangene auf Grund ausschließlich von ihm persönlich geleisteter Beiträge Anspruch erheben kann. Leistungen, die für unterhaltsberechtigten Angehörigen des Gefangenen bestimmt sind, werden weiter erbracht; sie werden jedoch unabhängig von der Zustimmung des Gefangenen unmittelbar an diese Personen ausbezahlt.

E. Schutz der Rechte

12. Der Gefangene kann stets als Beklagter vor Gericht auftreten. Als Kläger kann er Verfahren, die zur Zeit seiner Inhaftnahme anhängig sind, weiterführen, wenn die dazu erforderlichen Handlungen nicht ohne Nachteil bis zu seiner Entlassung aufgeschoben werden können.

13. Der Gefangene kann auch neue Klagen erheben, wenn sie nicht ohne Nachteil bis zu seiner Entlassung aufgeschoben werden können und wenn ein solcher Schritt mit den Zielen der Gefangenschaft oder des (erzieherischen) Strafvollzuges (*traitement pénitentiaire*) vereinbar ist.

14. Der Gefangene kann nicht verlangen, persönlich vor dem angerufenen Gericht zu erscheinen, wenn er nicht auf Grund einer Rechtsvorschrift oder einer gerichtlichen Entscheidung dazu verpflichtet ist.

15. Im Zivil- und Verwaltungsverfahren, in dem der Gefangene nach diesen Bestimmungen als Partei auftreten kann, kann er mit dem zur Wahrnehmung seiner Interessen Bevollmächtigten mündlich und schriftlich in Verbindung stehen.

16. Vorbehaltlich der besonderen für den Verkehr mit Anwälten geltenden Vorschriften können die Besuche und der Schriftwechsel des Gefangenen von der zuständigen Behörde überwacht werden.

17. Der Gefangene hat das Recht, sich zum Schutze seiner Interessen schriftlich und ohne Verzögerung an die zuständigen Behörden und Stellen zu wenden. Schreiben dieser Behörden und Stellen sind dem Empfänger unverzüglich auszuhändigen.

LITERATURVERZEICHNIS¹

Administration pénitiaire

vgl. unter: Germain, Lhez, Orvain, Schmeltz

Altenhain,

Die Rechtsprechung der Strafsenate zum Rechtsschutz im Strafvollzug, JVB1 1961 S. 173–178, 1962 S. 196–200

- , Die Rechtsprechung der Strafsenate zum Rechtsschutz gegen Justizverwaltungsakte auf dem Gebiet des Strafrechts, DRiZ Jg. 41 (1963) S. 8–12

Ancel, Marc,

Droit pénal et défense sociale, RSC Bd. 13 (1953) S. 144–153

- , La défense sociale nouvelle, Paris (Cujas) 1954 (2. Aufl. in Vorbereitung)
- , La participation du juge à l'exécution de la sentence pénale, EtPénit 3 (1960) S. 5–16
- , La protection des droits de l'homme dans la procédure criminelle selon la législation française et les systèmes apparentes, Seminar der Vereinten Nationen über den Schutz der Menschenrechte im Strafprozeß (Wien 1960) Dokument B SO 216/3 (1) EUR 1960
- , Les droits de l'homme et la défense sociale, Revintdrpén Bd. 21 (1950) S. 179–188
- , Les notions de prévention du crime et de traitement des délinquants dans les législations européennes modernes, SchwZStrafR Bd. 71 (1956) S. 1–16
- , Les principes de la Révolution française et le droit répressif moderne, Repfr Bd. 5 (1948) S. 79–88
- , Méthodes modernes de traitement pénitentiaire (Fondation Internationale Pénale et Pénitentiaire)
- , Peine et rééducation dans l'évolution du droit pénal, Pris. 1959 S. 296–305

Arndt, Adolf,

Das Recht auf Arbeit im Gefängnis, NJW 1960 S. 2041

Bachof, Otto,

Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, JZ 1962 S. 350–357, 399–404, 433–440, 602–606

Bader, Karl S.,

Gefangenentransporte, JZ 1951 S. 794–795

- , Probleme des Strafvollzuges, JZ 1951 S. 6–8

Basta, Karl,

Inwiefern deckt die Anstaltsgewalt Eingriffe in die Rechte des Gefangenen? Diss. Frankfurt 1927

Baumann, Jürgen,

Die Bedeutung des Artikels 2 GG für die Freiheitsbeschränkungen im Strafprozeß, in: Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag, Göttingen (Vandenhoeck und Ruprecht) 1961, S. 525–550

- , Der Briefverkehr des Untersuchungsgefangenen, DRiZ 1959 S. 379–380

¹ Nur am Rande interessierende Schriften sind ausführlich in den Fußnoten der Arbeit zitiert.

- Beleza Dos Santos, J.,**
Les problèmes posés par la publicité, *Revintdrpén* Bd. 33 (1962) S. 145–189
- Berlia, Georges,**
Chronique constitutionnelle française, *RDP* Jg 64 (1958) S. 930–971
- Bettiol, Giuseppe,**
Sulla rieducazione del condannato, *Rivdirprocpén* Bd. 1 (1958) S. 633–644
- Blau, Günter,**
Ist die freiwillige Entmannung homosexueller Sittlichkeitsverbrecher während des Straf- oder Maßregelvollzuges zulässig und angezeigt? *MschKrim* Jg 43 (1960) S. 41–43
- Blum, Eugène,**
La déclaration des droits de l'homme et du citoyen. 4. Aufl. Paris (Alcan) 1909
- Bochmann, Heinz,**
Die Rechtsstellung des Strafgefangenen. Diss. Leipzig 1938
- Bockelmann, Paul,**
Strafe und Erziehung, *Festschrift für J. v. Gierke*, Berlin (de Gruyter) 1950, S. 27–38
- Bohne, Gotthold,**
Menschenwürde und Strafrecht. Krefeld (Scherpe) 1949
- Borchers, Philipp,**
Die Gefangenearbeit in den deutschen Strafanstalten, *BlGefK* Bd. 54 (1921) S. 7–146
- Bourdoncle, René,**
De l'obligation de réserve qui s'impose aux fonctionnaires français, *D.* 1960 *Chr.* S. 237–248
- Bouzat, Pierre,**
Traité de droit pénal et de criminologie, Bd. I: Droit pénal général, (2. Aufl.) Paris (Dalloz) 1963
- Bray, L. de,**
Les conséquences sociales des condamnations, *Revdrpén crim* Bd. 37 (1956/57) S. 382–397
- Bridel, Marcel,**
Sur les limites des libertés individuelles, in: *Die Freiheit des Bürgers im Schweizerischen Recht, Festgabe zur Hundertjahrfeier der Bundesverfassung*, Zürich (Polygraphischer Verlag) 1948, S. 99–115
- Bruns, Hans-Jürgen,**
Buchbesprechung (Peters, *Kriminalpädagogik*), *GA* 1961 S. 95
- , *Rechtsgrundlage und Zulässigkeitsgrenzen strafrichterlicher Auflagen und Weisungen*, *GA* 1959 S. 193–228
- , *Zur rechtsdogmatischen Problematik strafrichterlicher Auflagen*, *NJW* 1959 S. 1393–1398
- Buchmann, Jean, und André Buttgenbach,**
Les droits fondamentaux des personnes et des groupes sociaux. Leurs garanties en droit constitutionnel belge. *Revdrint* Bd. 27 (1950) S. 146–180
- Burckhardt, Walter,**
Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung. 3. Aufl. Bern (Stämpfli) 1931
- Burdeau, Georges,**
Droit constitutionnel et institutions politiques. 9. Aufl. Paris (Pichon et Durand-Auzias) 1962
- , *Les libertés publiques*. 2. Aufl. Paris (Pichon et Durand-Auzias) 1961
- Buttgenbach, André,**
Manuel de droit administratif. 2. Aufl. Brüssel (Larcier) 1959

- Cannat, Pierre,
Chronique pénitentiaire, RSC Bd. 23 (1963) S. 365–368
- , Des rapports entre la puissance publique et les délinquants détenus, RSC Bd. 7 (1947) S. 287–289
- , Esquisse d'une juridiction pénitentiaire, Revpénit Bd. 71 (1947) S. 153–159
- , La dignité du détenu, Revpénit Bd. 74 (1950) S. 412–414
- , La mise en œuvre des peines dans les maisons d'arrêt, Revpénit Bd. 84 (1960) S. 38–54
- , La politique pénitentiaire selon le Code de Procédure pénale, RSC Bd. 21 (1961) S. 132–137
- , La règle du silence, RSC Bd. 6 (1946) S. 327–329
- , La réforme pénitentiaire. Paris (Sirey) 1949
- , Les droits du détenu, Revpénit Bd. 77 (1953) S. 217–220
- , Publicité touchant à l'exécution de la sentence pénale et à la condition des condamnés libérés, Revindrpn Bd. 32 (1961) S. 93–102
- Carnelutti,
Il problema della pena. Rom (Turminelli) 1945
- Cassin, René,
La déclaration universelle des droits de l'homme, in: Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, Bd. II 1951 S. 237–367
- Charles, R.,
Les limites actuelles de l'individualisation des peines et des mesures de sûreté, Revdrpénrim Bd. 37 (1956/57) S. 269–301
- Clerc, François,
Comité européen pour les problèmes criminels, SchwZStrafR Bd. 77 (1961) S. 341–343
- , Cycle d'études de la Fondation internationale pénale et pénitentiaire, SchwZStrafR Bd. 74 (1959) S. 420–432
- , Deuxième réunion plénière du Comité européen pour les problèmes criminels, SchwZStrafR Bd. 74 (1959) S. 432–436
- , Le deuxième congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants, SchwZStR Bd. 76 (1960) S. 429–447
- , Les droits du détenu, SchwZStrafR Bd. 77 (1961) S. 34–45
- Chapus, René,
De la soumission au droit des règlements autonomes, D. 1960 Chr. S. 119–126
- Coing, Hellmut,
Der Rechtsbegriff der menschlichen Person und die Theorien der Menschenrechte, in: Beiträge zur Rechtsforschung, Sonderveröffentlichung der Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, Berlin (de Gruyter) und Tübingen (Mohr) 1950, S. 191–205
- Colliard, Claude-Albert,
Libertés publiques. Paris (Daloz) 1959
- Constant, Jean,
Manuel de droit pénal (Principes généraux), Lüttich (Imprimerie des Invalides) 1956
- Cornil, Paul,
A propos des droits civils et politiques des détenus, SchwZStrafR Bd. 74 (1959) S. 1–15
- , Les problèmes de droit pénal appliqué et les nouvelles tendances en la matière, Revdrpénrim Bd. 31 (1950/51) S. 489–504
- Couzinet,
Les déclarations des droits de l'homme, leur valeur constitutionnelle, in: Les Garanties des libertés individuelles, Paris (Sirey) 1933, S. 27–68

- Cuche, Paul,
Traité de science et de législation pénitentiaires. Paris (Pichon et Durand-Auzias) 1905
- , Examen de conscience pénitentiaire, RSC Bd. 1 (1936) S. 4–8
- Cuello Calón, Eugenio,
La moderna penología. Barcelona (Bosch) Bd. I 1958
- , La protección de la personalidad en el orden criminal, Anderpen Bd. 12 (1959) S. 247–253
- , Las normas penales de las modernas constituciones, Revderpol Jg 15 (1951) S. 12–26 (auch in Anderpen 1951 S. 28 ff.)
- Dabin, Jean,
Le droit subjectif. Paris (Dalloz) 1952
- Dallinger-Lackner, Wilhelm Dallinger und Karl Lackner,
Jugendgerichtsgesetz. München und Berlin (Beck) 1955 (2. Aufl. in Vorbereitung)
- Delitala, Giacomo,
Le respect de la personne humaine dans l'exécution de la peine, Cahiers Nr. 41 (1957) S. 109–116
- Depenbrock, Johannes,
Erwachsenen-Strafvollzug. Diss. Münster 1960
- Duguit, Léon,
Traité de droit constitutionnel. 2 Bde 3. Aufl. Paris (Fontemoing-de Boccard) 1927/28
- Dupréel, Jean,
Aspects de l'action pénitentiaire en Belgique, 2. Aufl. Brüssel (Imprimerie pénitentiaire, Nivelles) 1956
- , Théorie et pratique dans le traitement des détenus, Revdrpénrim Bd. 41 (1960/61) S. 99–114
- , Une notion nouvelle: Les droits des détenus, Revdrpénrim Bd. 38 (1957/58) S. 163–178 (auch in: Etudes et perspectives pénitentiaires, Brüssel 1960, S. 83–100)
- Duverger, Maurice,
Droit constitutionnel et Institutions politiques. 6. Aufl. Paris (Presses Universitaires de France) 1962
- , Droit public. Paris (Presses Universitaires de France) 1961
- Ehrenforth, Werner,
Die Rechtsstellung des Gefangenen nach den Grundsätzen für den Vollzug von Freiheitsstrafen vom 7. 6. 1923. Berlin 1927
- Elkin, Winifred A.,
The English Penal System (Pelican Book Nr. A 384), Harmondsworth (Penguin Books) 1957
- Esmein, A.,
Éléments de droit constitutionnel français et comparé. Bd. II (Le droit constitutionnel de la République française) 8. Aufl. (von Henry Nézard) Paris (Sirey) 1928
- , Histoire de la procédure criminelle en France. Paris 1882
- Esser, Albert,
Die Ehrenstrafen. Stuttgart (Kohlhammer) 1956
- Falchi, Ferruccio,
Diritto penale esecutivo, Padua (Zaniboni) 1934
- , I diritti soggettivi della persona detenuta, Scpos 1935 S. 1 ff.
- Feigel, Sigmund,
Der Erziehungszweck im schweizerischen Strafvollzug. Diss. Zürich 1949

- Fleiner-Giacometti**, Fritz Fleiner und Zaccaria Giacometti,
Schweizerisches Bundesstaatsrecht. Zürich (Polygraphischer Verlag) 1949
- Fleur**, Anne-Marie,
La Maison centrale de Hagenau dans le cadre de la cadre de la réforme pénitentiaire. Diss. Straßburg 1953
- Forsthoff**, Ernst,
Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1. Bd., Allgemeiner Teil. 8. Aufl. München und Berlin (Beck) 1961
- Foth**, Heinrich,
Über das Recht auf Arbeit in den Gefängnissen, JZ 1961 S. 401–406
- Fournier**,
De l'autorité des principes généraux du droit à l'égard de toute autorité réglementaire, RDP Jg 75 (1959) S. 1004–1016
- Freudenthal**, Berthold,
Der Strafvollzug als Rechtsverhältnis des öffentlichen Rechtes, ZStW Bd. 32 (1911) S. 222–248
—, Die rechtliche Stellung des Gefangenen, in: Erwin Bumke, Deutsches Gefängniswesen, Berlin 1928, S. 141–146
—, Die staatsrechtliche Stellung des Gefangenen (Rektoratsrede). Jena (Fischer) 1910 (auch in: ZStrafvollz Jg. 5, 1955, S. 157–166)
—, Gefängnisrecht und Fürsorgeerziehung, in: Franz von Holtzendorff und Josef Kohler, Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, Bd. V München, Leipzig (Duncker und Humblot) und Berlin (Guttentag) 1914, S. 75–113
—, Strafrecht und Strafvollzug im modernen Rechtsstaat, ZStW Bd. 39 (1918) S. 493–511
- Frosch**, Ernst,
Inwieweit gelten die Grundrechte der deutschen Reichsverfassung vom 11. 8. 1919 für Strafgefangene? Diss. Erfurt 1934
- Fry**, Margery,
Les droits de l'homme et les droits du détenu, in: Autour de la nouvelle déclaration universelle des droits de l'homme, Textes réunis par l'Unesco, Paris (Ed. du Sagittaire) 1949, S. 206–209
- Füßlein**, Rudolf Werner,
Vereins- und Versammlungsfreiheit, in: Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte Bd. II (1954) S. 425–455
- Ganji**, Manouchehr,
International Protection of Human Rights. Genf (Droz) und Paris (Minard) 1962
- Garçon**, Emile,
Code pénal annoté. Fortgeführt von Marcel Rousselet, Maurice Patin und Marc Ancel. Bd. I Paris (Sirey) 1952 (Ergänzungsband 1959)
- Gassin**, Raymond,
Les destinées du principe de l'autorité de la chose jugée au criminel sur le criminel dans le droit pénal contemporain, RSC Bd. 23 (1963) S. 239–278
- Georgel**, Jacques,
Aspects du préambule de la constitution du 4 octobre 1958, RDP Jg 76 (1960) S. 85–101
- Germain**, Charles,
Éléments de science pénitentiaire. Paris (Cujas) 1959
—, Le projet de loi sur la probation devant le Parlement, RSC Bd. 17 (1957) S. 333–346
—, Rapport annuel sur l'exercice 1952, Conseil Supérieur de l'Administration Pénitentiaire. Paris (Justizministerium) 1953
- Germann**, Oskar Adolf,
Kommentar zum Schweizerischen Strafgesetzbuch, Bd. I Allgemeiner Teil. Zürich (Schulthess) 1953 ff.

- Giacometti, Zaccaria,**
Das Staatsrecht der schweizerischen Kantone. Zürich (Polygraphischer Verlag) 1941
- , Die Freiheitsrechte als Kodifikation der Freiheit, ZSR Sonderheft 4/5 („Aktuelle Verfassungsprobleme“) NF Bd. 74 (1955) S. 149–171
- Gour, Claude-Gilles,**
Le contentieux des services judiciaires et le juge administratif (Problèmes de compétence). Diss. Toulouse 1958
- Graven, Jean,**
Le système pénitentiaire de la Suisse, in: Louis Hugueney und Marc Ancel, Les grands systèmes pénitentiaires Bd. I Paris (Sirey) 1950 S. 327–403
- Grunau, Theodor,**
Die Beteiligung des Richters an Entscheidungen im Vollzug nach ausländischem Recht, in: Mat. Bd. 8 Erster Teil, Bonn (Justizministerium) 1959, S. 475–553
- , Rechtsstaatliche Kontrolle des Strafvollzuges, ZStW Bd. 70 (1958) S. 501–516
- Grünhut, Max,**
Rechtliche Garantien im Strafvollzug, in: Lothar Frede und Max Grünhut, Reform des Strafvollzuges, Berlin und Leipzig (de Gruyter) 1927, S. 17–30
- Guardado Lopes, José,**
Bases jurídicas dos regimes penitenciários, Boletim port Nr. 8 (1961) S. 25–31
- Gurny, Liselotte,**
Der Begriff der Verletzung verfassungsmäßiger Rechte. Diss. Zürich 1959
- Hafner, Karl,**
Schule und Kirche in den Strafanstalten der Schweiz. Zürich (Füßli) 1906
- , und Emil Zürcher,
Schweizerische Gefängniskunde. Bern (Stämpfli) 1925
- Hamann, Andreas,**
Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. 2. Aufl. Neuwied, Berlin 1961
- , Der „Staatschutz“ in Strafgesetzentwurf und das Grundgesetz, NJW 1962 S. 1845–1849
- Hanack, Ernst-Walter,**
Die strafrechtliche Zulässigkeit künstlicher Unfruchtbarmachungen. Marburg (Elwert) 1959
- Hauriou, André,**
Les libertés individuelles et l'Administration, in: Les Garanties des libertés individuelles. Paris (Sirey) 1933, S. 113–142
- Hauriou, Maurice,**
Précis de droit constitutionnel. 2. Aufl. Paris (Sirey) 1929
- , Précis élémentaire de droit administratif. Fortgeführt von André Hauriou. 5. Aufl. Paris (Sirey) 1943
- Hélie, Faustin,**
Analyse et commentaire du code de procédure pénale. Fortgeführt von Jean Brouhot, Jacques Gazier und François Brouhot. Paris (Librairies Techniques) 1960
- Hellmer, Joachim,**
Erziehung und Strafe. Berlin (Dunker und Humblot) 1957
- , Zur Verfassungswidrigkeit von Erziehungsmaßnahmen im Jugendgerichtsgesetz, RdJ 1955 S. 137–139
- Henrotte, J.,**
Le droit subjectif du détenu à la réparation des accidents du travail pénal, Revpénit Bd. 75 (1951) S. 70–93
- Herzog, Jacques-Bernard,**
La publicité donnée aux actes criminels et aux procédures pénales en droit français, Revintdrpén Bd. 30 (1959) S. 549–572

- , *La réforme des institutions pénales et pénitentiaires en France*, Revintdrpén Bd. 30 (1959) S. 61 ff.
- Herzog, Roman,
Das Grundrecht auf Freiheit in der Europäischen Menschenrechtskonvention,
AöR Bd. 86 (1961) S. 194–244
- Ipsen, Hans Peter,
Gleichheit, in: Neumann-Nipperdey-Scheuner, *Die Grundrechte* Bd. II S. 111–198
- Jacobi, Ludwig,
Die Rechtsstellung des Strafgefangenen, ZStW Bd. 50 (1930) S. 376–405
- Jacomella, Sergio,
Les égards et le respect dus à la personnalité pendant l'exécution, Revcrim-poltechn 1950 S. 6–9
- , *Le statut juridique du condamné*, StrafvSchw Dezember 1957 S. 17–32
- Jaggi, Xaver,
Die rechtliche Stellung des Strafgefangenen und Straftentlassenen, Strafvollz-Schw Dezember 1957 S. 1–16
- Jeanneau, Benoît,
Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative. Paris (Sirey) 1954
- Jeschek, Hans-Heinrich,
Die Bedeutung der Öffentlichkeit für die moderne Kriminalpolitik, ZStW Bd. 71 (1959) S. 1–14
- , *Le système pénitentiaire de la République Fédérale d'Allemagne*, in: Louis Huguenev und Marc Ancel, *Les grands systèmes pénitentiaires actuels*, Bd. II Paris (Sirey) 1955 S. 283–306
- Jiménez de Asúa, Luis,
Tratado de derecho penal. Bd. I (Concepto del derecho penal y de la criminología), 2. Aufl. Buenos Aires (Losada) 1956. Bd. II (Filosofía y Ley Penal), 2. Aufl. ebda 1958. Bd. IV (El Delito), 1. Aufl. ebda 1953
- Käckell, Lothar,
Der Einfluß der neuen Reichsverfassung auf Straf- und Strafprozeßrecht, ZStW Bd. 41 (1920) S. 680–723
- Keck, Klaus,
Gegenwartsfragen des Strafvollzugs in Deutschland. Diss. Freiburg (Brsg.) 1957
- Kern, Eduard,
Schutz des Lebens, der Freiheit und des Heims, in: Neumann-Nipperdey-Scheuner, *Die Grundrechte* Bd. II S. 51–110
- Khosravi, Gholoma,
Les tendances modernes dans l'exécution des peines privatives de liberté en France. Diss. Paris 1961
- Kiesow,
Einwirkung der Reichsverfassung auf das Strafrecht und das Verfahren in Zivil- und Strafsachen, DJZ Jg. 24 (1919) Sp. 870–875
- Kitzinger, Friedrich,
Betrachtungen über die Freiheitsstrafe, GA Bd. 65 (1917) S. 193–240
- Klemich, Ernst,
Die Rechtsbeziehungen der Strafhaft zu Leben und Gesundheit des Gefangenen. Diss. Leipzig 1930
- Köhl, Guido,
Die besonderen Gewaltverhältnisse. Diss. Zürich 1955
- Kohlrausch-Lange, Eduard Kohlrausch und Richard Lange,
Strafgesetzbuch. 43. Aufl. Berlin (de Gruyter) 1961

- Kriegsmann, Hermann,
Einführung in die Gefängniskunde. Heidelberg (Winter) 1912
- Krohne, Karl,
Lehrbuch der Gefängniskunde. Stuttgart (Ehnke) 1889
- Krüger, Herbert,
Das besondere Gewaltverhältnis, VVdStRL Heft 15 (1957) S. 108–132
- Krüger, Hildegard,
Die Grundrechte im besonderen Gewaltverhältnis, ZBR 1956 S. 309–312
- Kündig, Theo,
Les droits constitutionnels en Suisse, in: Essais sur les droits de l'homme en Europe, Bd. I Paris (Pichon et Durand-Auzias) 1959 S. 69–86
- Ladhari, N.,
La liberté individuelle et ses garanties constitutionnelles, D. 1952 Chr. S. 101–106
- Laferrière,
Manuel de droit constitutionnel. 2. Aufl. Paris 1947
- Lange, Richard,
Die Systematik der Strafdrohungen, in: Mat. Bd. 1 Bonn (Justizministerium) 1954 S. 69–87
- Labadère, André de,
Manuel de droit administratif. 6. Aufl. Paris (Pichon et Durand-Auzias) 1960
—, Traité élémentaire de droit administratif. 2. Aufl. Paris (Pichon et Durand-Auzias) 1957
- Lavallée, Paul,
Les droits de l'homme et les libertés fondamentales en Belgique, in: Essais sur les droits de l'homme en Europe, Bd. I Paris (Pichon et Durand-Auzias) 1959 S. 19–42
- Leisner, Walter,
Gefährdungshaftung im öffentlichen Recht? VVdStRL Heft 20 (1963) S. 185–240
- Leopold, Hans,
Probleme des Strafvollzugs, Bewährungshilfe (Zeitschrift) Jg. 9 (1962) S. 81–93
- Lerche, Peter,
Buchbesprechung (Stree, Deliktsfolgen), AöR Bd. 86 (1961) S. 488–491
- Letourneur,
Les principes généraux du droit dans la jurisprudence du Conseil d'Etat, EtDoc 1951 S. 19–31
- Levasseur, Georges,
Liberté de la presse et justice pénale, SchwZStrafR Bd. 76 (1960) S. 251–280
—, Une révolution en droit pénal: Le nouveau régime des contraventions, D. 1959 Chr. S. 121–128 (auch in Scpos Bd. 14, 1960, S. 256–276)
- Ley, Aug.,
Le refus de manger dit „grève de faim“ chez les prisonniers, Revdrpénal Bd. 34 (1953/54) S. 485–488
- Lhez, Robert,
Rapport Général présenté à Monsieur le Garde des Sceaux. Exercice 1958. Juni 1959 Paris (Justizministerium)
—, Rapport Général etc. Exercice 1957. ebda Juni 1958
- L'Huillier, Jean,
La délimitation des domaines de la loi et du règlement dans la Constitution du 4 octobre 1958, D. 1959 Chr. S. 173–178
—, Anmerkung zu dem Urteil des Conseil d'Etat vom 12. 2. 1960 (Société Eky), D. 1960 Jur. S. 264–268

- Liet-Veaux, Georges,**
De la compétence des juridictions administratives pour connaître de la validité des actes se rattachant au service de la justice judiciaire, RDP Jg. 51 (1945) S. 421-458
- , La responsabilité de la puissance publique en matière de police et de détention, RA Bd 1 (1948) Nr. 2 S. 28-32
- Liszt, Franz v.,**
„Gefängnisrecht“, ZStW Bd. 35 (1914) S. 657-659
- Lopez-Rey, Manuel,**
L'ensemble des règles pour le traitement des détenus, Revintcrimpoltechn Bd. 9 (1955) S. 164-174
- v. Mangoldt-Klein, Hermann v. Mangoldt und Friedrich Klein,**
Das Bonner Grundgesetz. Bd. I Berlin und Frankfurt a. M. 2. Aufl. (bearbeitet von Klein) (Vahlen) 1957
- Manzini, Vincenzo,**
Istituzioni di diritto processuale, Padua (Milani) 1960
- , Trattato di diritto penale italiano. Bd. 3 (Pene - Misure di sicurezza) Turin (Unione tipografica) 1950
- Marquiset, Jean,**
Les droits naturels. Paris (Presses Universitaires de France) 1961
- Marsh, Norman,**
Rule of Law und Rechtsstaat, ROW Bd. 1 (1957) S. 11-17
- Massari, E.,**
La condizione giuridica delle persone detenute, Rivdirpenit Bd. 1 (1930) S. 7-13
- Maunz, Theodor,**
Deutsches Staatsrecht. 11. Aufl. München und Berlin (Beck) 1962
- , und Günter Dürig,
Grundgesetz. München und Berlin (Beck) 2. Aufl. 1963
- Maurach, Reinhart,**
Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil. 2. Aufl. Karlsruhe (Müller) 1958
- Maury,**
Les droits individuels et la loi: l'exception d'inconstitutionnalité, in: Les Garanties des libertés individuelles. Paris (Sirey) 1933 S. 143-182
- Mayer, Hellmuth,**
Strafrecht. Allgemeiner Teil. Stuttgart und Köln (Kohlhammer) 1953
- Mayer, Otto,**
Deutsches Verwaltungsrecht. Bd. II 3. Aufl. München und Leipzig (Dunker und Humblot) 1924
- , Theorie des französischen Verwaltungsrechts. Straßburg (Trübner) 1886
- Mayer, Robert,**
Gerichtliche Entscheidung bei Strafunterbrechung, NJW 1962 S. 1429-1430
- Mergen, Armand,**
Zwang und Freiheit in der Resozialisierung, RdJ Jg. 7 (1959) S. 294-298
- Messina, Salvatore,**
Il problema dell'ergastolo, Scpos Bd. 13 (1959) S. 183-220, 364-387
- Mignon, Maxime,**
Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois, D. 1952 Chr. S. 45-50
- Mirkine-Guetzevitch, Boris,**
Quelques problèmes de la mise en œuvre de la Déclaration universelle des droits de l'homme, in: Cours de l'Académie de droit international, Recueil Bd. 83 (1953. II) Leyden (Sijthoff) 1955 S. 261-376

- Mittermaier, Wolfgang,**
Gefängniskunde. Berlin und Frankfurt a. M. (Vahlen) 1954
- Morange, Georges,**
Anmerkung zu dem Urteil des Conseil d'Etat vom 25. 1. 1952 (Vacqué),
D. 1952 Jur. S. 581–582
- Mossé, Armand,**
Variétés pénitentiaires. Paris (Sirey) 1936
—, Les prisons et les institutions d'éducation corrective. 3. Aufl. Paris (Sirey)
1939
- Mouakeh, Mounir,**
Le rôle du magistrat dans l'exécution des peines. Diss. Paris 1953
- Münch, Fritz,**
Die Menschenwürde als Grundforderung unserer Verfassung. Bocholt (Böckenhoff und Honsch) 1952
—, Zur Anwendbarkeit der Menschenrechtskonvention in der Bundesrepublik Deutschland, JZ 1961 S. 153–155
- Münch, Ingo von,**
Die Grundrechte des Gefangenen, JZ 1958 S. 73–76
- Niese, Werner,**
Narkoanalyse als doppelfunktionelle Prozeßhandlung, ZStW Bd. 63 (1951)
S. 199–228
- Nipperdey, Hans Carl,**
Die Würde des Menschen, in: Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte
Bd. II S. 1–50
- Noirel, Jean,**
Remarques sur le juge de l'application des peines, D. 1961 Chr. S. 133–138
- Noll, Peter,**
Die ethische Begründung der Strafe (Recht und Staat Heft 244). Tübingen
(Mohr) 1962
- Novelli, Giovanni,**
L'intervention du juge dans l'exécution pénale, Revintdrpn Bd. 14 (1937)
S. 577–621
—, L'intervento del giudice nell'esecuzione delle pene secondo i nuovi ordinamenti italiani, ZStW Bd. 55 (1935) S. 201–217
- Odent, Raymond,**
Contentieux administratif. Les cours de droit 1957/58. 3 Hefte Paris 1958
- Orvain, Pierre,**
Rapport Général présenté à Monsieur le Garde des Sceaux, Exercice 1959.
Paris (Justizministerium) Juni 1960
—, Rapport Général etc., Exercice 1960. ebd Juni 1961
- Pédamon, Michel,**
La fouille corporelle, RSC Bd. 21 (1961) S. 466–499
- Pelloux, Robert,**
(Herausgeber) Essais sur les Droits de l'Homme en Europe, 3 Bde Turin
(Bibliothèque Européenne) und Paris (Pichon et Durand-Auzias) 1958 ff.
—, Sur quelques aspects de la liberté d'enseignement (particulièrement en France),
ebd Bd. III (1961) S. 3–16
—, Quelques réflexions sur le préambule de la Constitution française de 1958,
in: Hommage d'une génération de juristes au Président Basdevant, Paris
(Pedone) 1960, S. 389–401
- Pfenninger, Hans Felix,**
Die Aufsicht über den Strafvollzug in den schweizerischen Kantonen, Schw-
ZStrafR Bd. 70 (1955) S. 279–307
—, Liberalismus und Strafrecht, in: Festgabe für Fritz Fleiner, Zürich (Polygraphischer Verlag) 1937, S. 257–280

- Perrier, Jean,
Le statut juridique du prisonnier. Diss. Montpellier 1938
- Perrucatti, Eugenio,
Perchè la pena dell'ergastolo deve essere attenuata. Gaeta (Perugatti) 1955
- Peters, Karl,
Die kriminalpolitische Stellung des Strafrichters bei der Bestimmung der Strafrechtsfolgen. Berlin (Springer) 1932
- , Grundprobleme der Kriminalpädagogik. Berlin (de Gruyter) 1960
- , Grundsätzliches über Erziehung und Strafe, in: Würtenberger, Kriminologie und Vollzug der Freiheitsstrafe S. 62–71
- , Rehabilitierung Straffälliger, in Verhandlungen des 42. Deutschen Juristentages 1957, Sonderdruck aus Bd. II (Sitzungsberichte) Tübingen (Mohr) 1958 S. G 3–30
- , Probleme der deutschen Strafrechtsreform, SchwZStrafR Bd. 77 (1961) S. 162–181
- , Strafprozeß. Karlsruhe (Müller) 1952
- , Zur Erneuerung des Strafvollzuges, JR 1951 S. 752–753
- , und Klaus Tiedemann,
Le droit des détenus dans la République Fédérale Allemande, RSC Bd. 22 (1962) S. 485–495 (488)
- Picca, Georges,
Le juge de l'application des peines. Paris (Justizministerium) 1961
- Pigliaru, Antonio,
Meditazioni sul regime penitenziario italiano. Sassari (Gallizi) 1959
- Pinatel, Jean,
Chronique pénitentiaire, RSC Bd. 8 (1948) S. 96–101, 758–763
- , Traité élémentaire de science pénitentiaire et de défense sociale. Paris (Sirey) 1950
- Pinto, Roger,
La liberté d'opinion et d'information. Paris (Domat Montchrestien) 1955
- , La protection des droits de l'homme par les tribunaux judiciaires en France, EtDoc Heft 3 (1949) S. 21–29
- Plenge, Hermann,
Die Behandlung erheblich rückfälliger Sexualdelinquenten, vornehmlich der Homosexuellen, unter besonderer Berücksichtigung der Kastration, MschrKrim Jg. 44 (1961) S. 15–41
- Prélot, Marcel,
Institutions politiques et droit constitutionnel. Paris (Dalloz) 2. Aufl. 1961
- , Précis de droit constitutionnel. Paris (Dalloz) 2. Aufl. 1955
- Ranieri, Silvio,
Le problème de l'ergastolo en Italie, RSC Bd. 20 (1960) S. 255–262
- Rehbinder, Manfred,
Grenzen der Meinungs- und Pressefreiheit, NJW 1962 S. 2140–2142
- Richard, André
Le crime. Paris (Flammarion) 1961
- Rigaux-Trousse, Paul Rigaux und Paul-Em. Trousse,
Les crimes et délits du code pénal. Bd. II (Les crimes et les délits qui portent atteinte aux droits garantis par la Constitution) Brüssel (Bruylant) und Paris (Pichon et Durand-Auzias) 1952
- Rinck, H. J.,
Die höchstrichterliche Rechtsprechung zum Gleichheitssatz in der Bundesrepublik, der Schweiz, Österreich, Italien und Indien, JÖR n. F. Bd. 10 (1961) S. 269–351

- Röhl, Hellmut,
Der Rechtsschutz des Gefangenen, JZ 1954 S. 65–70
- Ross, Georg,
Die Einwirkung des Ersten Hauptteils der Weimarer Reichsverfassung auf das Reichsstrafrecht. Diss. Kiel 1931
- Ruck, Erwin,
Schweizerisches Staatsrecht. 3. Aufl. Zürich (Polygraphischer Verlag) 1957
- Ruprecht, Werner,
Der Rechtsschutz des Strafgefangenen. Diss. Köln 1957
- Sabatini, Giuseppe,
Trattato dei procedimenti incidentali nel processo penale. Turin (Unione Tipografica) 1953
- Sax, Walter,
Grundsätze der Strafrechtspflege, in: Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte Bd. III 2. Halbbd. (1959) S. 909–1014
- Scherner, Fritz,
Die Einwirkung der Grundrechte der Weimarer Reichsverfassung auf das geltende Strafrecht. Diss. Kiel 1931
- Schmeitzky, René,
Zur Frage der Erwachsenenbildung im Strafvollzug, ZStrafvollz Jg. 10 (1961) S. 108–114
- Schmelck, Robert,
Rapport Général présenté à Monsieur le Garde des Sceaux, Exercice 1961. Paris (Justizministerium) Juni 1962
- Schmidt, Eberhard,
Kriminalpolitische und strafrechtsdogmatische Probleme in der deutschen Strafrechtsreform, ZStW Bd. 69 (1957) S. 359–396
- , Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz. Teil I Göttingen (Vandenhoeck und Ruprecht) 1952
- , Zuchthäuser und Gefängnisse. Göttingen (Vandenhoeck-Reihe Nr. 101) 1960
- Schneider, Hans,
Verträge zwischen Gliedstaaten im Bundesstaat, VVdStRL Heft 19 (1961) S. 1–85
- Schnorr, Gerhard,
Handeln auf Befehl, JuS 1963 S. 293–301
- Schultz, Hans,
Buchbesprechung (Stree, Deliktsfolgen), SchwZStrafR Bd. 77 (1961) S. 212–216
- Schwarz-Dreher, Otto Schwarz und Eduard Dreher,
Strafgesetzbuch, 25. Aufl. München und Berlin (Beck) 1963
- Schwarz-Kleinknecht, Otto Schwarz und Theodor Kleinknecht,
Strafgesetzbuch, 24. Aufl. München und Berlin (Beck) 1963
- Schwenk, Edmund H.,
Umfang und Wirkung von Meinungsfreiheit und Pressefreiheit, NJW 1962 S. 1321–1325, 2142
- Siorat, Lucien,
Les sujétions imposées aux citoyens par la défense nationale, RDP Jg. 76 (1960) S. 461–543
- Soto, Jean de,
La loi et le règlement dans la constitution du 4 octobre 1958, RDP Jg. 75 (1959) S. 240–297
- Spannagel, Wolfgang,
Die Strafvollzugsordnung von Baden-Württemberg und ihre Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz. Diss. Freiburg (Brsg.) 1961

- Stefani-Levasseur, Gaston Stefani und Georges Levasseur,
Droit pénal général et criminologie. 2. Aufl. Paris (Dalloz) 1961
- , Procédure pénale. 2. Aufl. Paris (Dalloz) 1962
- Stree, Walter,
Deliktsfolgen und Grundgesetz. Tübingen (Mohr) 1960
- Struckmann, Horst,
Briefzensur bei Untergebrachten, NJW 1962 S. 621–622
- Tappan, Paul W.,
The legal rights of prisoners, Annals Heft 293 (Mai 1954) S. 99–111
- Tchirkovitch, Stevan,
La déclaration Universelle des Droits de l'homme et sa portée internationale, Revgendrintpubl 1949 S. 359–386
- Thole, Erich,
Der mündliche und schriftliche Verkehr des Gefangenen mit seinem Verteidiger, ZStrafvollz Jg 11 (1962) S. 23–30
- Tiedemann, Klaus,
Das Grundrechtsproblem im französischen Rechtsstaat, DÖV 1962 S. 367–373
- , Eine europäische Erklärung der Rechte des Strafgefangenen, JZ 1962 S. 245–248
- , Gewaltenteilung und Normsetzungsbefugnis im französischen Rechtsstaat, ZgesStW Bd. 119 (1963) S. 513–529
- , Haftung für Gesundheitsbeschädigungen Gefangener, NJW 1962 S. 1760–1762
- , Urteilsanmerkung zu OLG Bremen NJW 1963 S. 1465, ebda. S. 1841–1842
- , Zum Recht der Strafgefangenen auf angemessene Arbeit (§ 16 Abs. 2 StGB), JR 1962 S. 6–9
- , Zur verfassungsrechtlichen Bedeutung der Vernehmung mittelbarer Zeugen im Strafprozeß, MDR 1963 S. 456–459
- , und Karl Peters,
Le droit des détenus dans la République Fédérale Allemande, RSC Bd. 22 (1962) S. 485 (489) – 495
- Ule, Carl Hermann,
Verwaltungsgerichtsbarkeit. 2. Aufl. Köln, Berlin, München, Bonn (Heymann) 1962
- Valles, Arnaldo de,
Elementi di diritto amministrativo. 3. Aufl. Padua (Milani) 1956
- Vedel, Georges,
Droit administratif. 2. Aufl. Paris (Presses Universitaires de France) 1961
- , Les bases constitutionnelles du droit administratif, EtDoc Heft 8 (1954) S. 21–53
- Vernet, Joseph,
Le respect de la personne humaine dans l'exécution de la peine. Paris (Centre Français de Droit Comparé) 1957 (hektographiert)
- , Le travail en détention, RassStudPenit Bd. 11 (1961) S. 22–26
- Verselle, Séverin-Carlos,
Les problèmes posés par la publicité donnée aux actes criminels et aux procédures pénales. Revintdrpn Bd. 30 (1959) S. 323–343
- Vidal-Magnol, Georges Vidal und Joseph Magnol,
Cours de droit criminel et de science pénitentiaire. Bd. I (Droit pénal général – Science pénitentiaire) 9. Aufl. Paris (Rousseau) 1949
- Vlaemminck, Joseph-H.,
Le droit constitutionnel belge. 4. Aufl. Brüssel (de Boeck) 1959
- Vouin-Léauté, Robert Vouin und Jacques Léauté,
Droit pénal et criminologie. Paris (Presses Universitaires de France) 1956
- , Droit pénal et procédure pénale. Paris (Presses Universitaires de France) 1960

- Waline, Marcel,
Droit administratif. 8. Aufl. Paris (Sirey) 1959
- , La violation de la déclaration des droits de l'homme, moyen d'excès de pouvoir, RDP Jg. 74 (1958) S. 98–101
- , Le pouvoir normatif de la jurisprudence, in: La Technique et les Principes du droit public, Etudes en l'honneur de Georges Scelle, Bd. II Paris (Pichon et Durand-Auzias) 1950, S. 613–632
- , Les rapports entre la loi et le règlement avant et après la constitution de 1958, RDP Jg. 75 (1959) S. 699–712
- Weil, Gordon L.,
The European Convention on Human Rights, Leyden (Sythoff) 1963
- Weiler, Ferd.,
Le problème pénitentiaire et certains problèmes connexes, Bulletin belge 1956 S. 73–78
- Weiß, Franz,
Wichtige Rechtsfragen auf dem Gebiete des Gefängniswesens, ZStrafvollz Jg. 8 (1958/59) S. 266–270
- Wiebringhaus, Hans,
Die Rom-Konvention für Menschenrechte in der Praxis der Straßburger Menschenrechtskommission. Saarbrücken (Saarländische Verlagsanstalt) 1959
- Wigny, Pierre,
Droit constitutionnel. Bd. I Brüssel (Bruylant) 1952
- Woesner,
Die Menschenrechtskonvention in der deutschen Strafrechtspraxis, NJW 1961 S. 1381–1385
- Wolff, Grete,
Strafvollzug und Rechtsstaat. (Strafrechtliche Abhandlungen Heft 319) Breslau-Neukirch (Kurtze) 1933
- Wolff, Hans J.,
Verwaltungsrecht I. 5. Aufl. München und Berlin (Beck) 1963
- Würtenberger, Thomas,
(Herausgeber) Kriminologie und Vollzug der Freiheitsstrafe (X. Internationaler Lehrgang in Freiburg/Br. 2.–8. Oktober 1960). Stuttgart (Ehneke) 1961
- , Recht und Erziehung in der öffentlichen Jugendhilfe, ZStW Bd. 71 (1959) S. 15–37
- , Buchbesprechung (Peters, Kriminalpädagogik), JZ 1962 S. 454–455

RECHTSVERGLEICHENDE UNTERSUCHUNGEN ZUR GESAMTEN STRAFRECHTSWISSENSCHAFT

NEUE FOLGE

- 1 *Schütze, H. A.*, Die Repressalie unter besonderer Berücksichtigung der
Kriegsverbrecherprozesse. 1950. VIII, 106 S. 7,20
- 2 *Nowakowski, Friedrich*, Fortgesetzte Verbrechen und gleichartige
Verbrechensmenge. 1950. 72 S. 6,—
- 3 *Roskothen, Ernst*, Französisches Strafverfahrensrecht 1951. 103 S. 9.60
- 4 *Blau, Günther*, Gefährlichkeitsbegriff und sichernde Maßregeln im
iberioamerikanischen Strafrecht. 1951. 184 S. 14.50
- 5 *Tidow, Alfred R.*, Der Schuld begriff im englischen und nordamerika-
nischen Strafrecht. 1952. XII, 183 S. 15.50
- 6 *Jescheck, Hans-Heinrich*, Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane
nach Völkerstrafrecht. Eine Studie zu den Nürnberger Prozessen.
1952. XXIV, 420 S. 35.—
- 7 *Straub, Gernot*, Täterschaft und Teilnahme im englischen Strafrecht.
1952. 71 S. 5.60
- 8 *Brangsch, Heinz*, Vorleben und Vorstrafen des Angeklagten als
Indizien im englischen Strafprozeß. 1953. VI, 121 S. 8.90
- 9 *Lukanow, Jürgen*, Der Mißbrauch der Verteidigerstellung im eng-
lischen und deutschen Strafprozeß. 1953. XII, 116 S. 9.—
- 10 *Schönke, Adolf*, Die strafrechtlichen Staatsschutzbestimmungen des
Auslandes. Eine Sammlung der wichtigsten außerdeutschen Gesetze.
1953. 155 S. 14.50
- 11 *Meyer, Heinrich*, Die Einlieferung. Eine rechtsvergleichende Abhand-
lung unter Berücksichtigung des materiellen Auslieferungsrechts und
der deutschen Rechtsprechung in Auslieferungssachen bis zum Jahre
1953. 1953. XXIII, 231 S. 18.50
- 12 *Mangakis, Georgios*, Das Unrechtsbewußtsein in der strafrechtlichen
Schuldlehre nach deutschem und griechischem Recht. 1954. 87 S. 7.—
- 13 *Rauschenbach, Gerhard*, Der Nürnberger Prozeß gegen die Organisa-
tionen. Grundlagen, Probleme, Auswirkungen auf die Mitglieder und
strafrechtliche Ergebnisse. 1954. 153 S. 14.50
- 14 *Karamuntzos, Anastasius*, Die vorläufige Festnahme bei Flagrant-
delikten. 1954. XVI, 86 S. 8.50
- 15 *Kielwein, Gerhard*, Die Straftaten gegen das Vermögen im englischen
Recht. 1955. XVI, 226 S. 17.50

- 16 *Lang-Hinrichsen, Dietrich*, Das Strafsystem im ausländischen Strafrecht. 1955. 97 S. 9.50
- 17 *Pfersich, Hans-Martin*, Die Strafzumessung im Lichte der modernen amerikanischen Schule. Zugleich ein Beitrag zur großen Strafrechtsreform. 1956. 162 S. 14.50
- 18 *Carlsson, Otto C.*, Jugendstrafvollzug in Californien. California Youth Authority. 1957. 224 S. mit 1 Faltplan. 12.—
- 19 *Dietz, Wolfgang*, Täterschaft und Teilnahme im ausländischen Strafrecht. 1957. 138 S. 9.—
- 20 *Luther, Gerhard*, Das italienische Jugendstrafrecht und Jugendfürsorgerecht in rechtsvergleichender Sicht. 1958. 137 S. 14.—
 „Neben einem eingehenden Vergleich des deutschen und italienischen Systems gibt Luther einen allgemeinen rechtsvergleichenden Überblick und fragt, welche Reformvorschläge für das deutsche Jugendrecht zu empfehlen sind. Insbesondere werden hierbei die Abschaffung der Jugendstrafe, die unbestimmte Strafe, die Zentralisierung der Jugendgerichte, die Spezialisierung des Jugendrichters und die Änderung der Strafmündigkeitsgrenzen erörtert. Umfangreiche Schriftumsangaben runden die wohlgelungene Arbeit ab.“ Juristenzeitung
- 21 *Spieler, Helga*, Die vorbeugende Verwahrung. Ihre theoretischen Grundlagen und ihre praktische Ausgestaltung. 1960. 198 S. 16.—
 „Hoffen wir, daß alle diese guten theoretischen Erwägungen dazu beitragen, uns ein neues Strafgesetzbuch zu schaffen, in dem nicht nur die Menschenrechte der Verbrecher, sondern auch die der von ihnen Geschädigten und das Sicherheitsinteresse der Öffentlichkeit in gebührender Weise berücksichtigt werden.“ Archiv für Kriminologie
- 22 *Tackenberg, Gisela*, Kreuzverhör und Untersuchungsgrundsatz im spanischen Strafprozeß. 1960. 110 S. 12.—
 „An dieser Stelle seien lediglich die im 3. Teil enthaltenen trefflichen Ausführungen zur Aussagepsychologie hervorgehoben. Diese vom rechtsvergleichenden Ausgangspunkt unabhängigen, dem Studium jedes Strafrechtswissenschaftlers zu empfehlenden Gedanken beweisen schlagend, wie eng der Zusammenhang zwischen Strafprozeßrecht und Kriminalistik ist und wie fruchtbar eben aus diesem Grunde rechtsvergleichende Untersuchungen hier sein können. Möge die Arbeit von Gisela Tackenberg nicht nur viele Leser finden, sondern auch weitere Studien dieser Art anregen.“ Friedrich Geerds in: Goldammer's Archiv
- 23 *Lyon, Thea*, Der Verbrechensbegriff in der Strafrechtswissenschaft der DDR. 1960. 125 S. 14.50
 „Wer die Arbeit nicht vorher gelesen hat, wird sie spätestens zur Hand nehmen, sobald die Experten der Zone ihr neues Strafgesetzbuch präsentieren.“ Reg. Dir. Dr. Zorn in: Goldammer's Archiv
 „Bei der großen Sachkenntnis der Verf. und der Entschiedenheit ihrer Prognosen ist zu hoffen, daß die besprochene Arbeit kein Einzelwerk bleibt, sondern daß Verf. gelegentlich über die weitere Entwicklung kritisch berichtet.“ Friedrich-Christian Schröder in: Recht in Ost und West
- 24 *Hermann, Joachim*, Die Anwendbarkeit des politischen Strafrechts auf Deutsche im Verhältnis zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik. 1960. 117 S. 12.—
 „Das Buch ist die notwendige rechtliche Analyse zu dem unerfreulichsten Kapitel deutscher Gegenwart.“ Viktor Liebscher in: Juristische Blätter, Wien
 „In ihrer entschiedenen und doch behutsamen Argumentationsweise scheint die Arbeit geeignet, das über der behandelten Frage liegende Tabu zu beseitigen.“ Friedrich-Christian Schröder in: Recht in Ost und West

- 25 *Stötter, Karin*, Die Rechts- und Amtshilfe in Strafsachen im Verhältnis zur sowjetisch besetzten Zone Deutschlands. 1960. 136 S. 14.50
 „Die Arbeit, die auch dem Praktiker manchen Gesichtspunkt eröffnet, stellt eine erfreuliche Bereicherung der nicht sehr zahlreichen Literatur zum RHG dar.“
 Günter Polzin in: Recht in Ost und West
- 26 *Schill, Hans*, Die Stellung des Richters in Frankreich. Eine rechts-historische Darstellung unter Einbeziehung der Gerichtsverfassung. 1961. 212 S. 19.—
 „L'ouvrage de M. Hans J. Schill constitue une contribution allemande très intéressante à l'histoire de nos institutions judiciaires.“
 Ch. Bourthoumieux in: Revue International de Droit Comparé
 „Ein ausführlicher Anmerkungsapparat und ein umfangreiches Quellen- und Schriftumsverzeichnis vervollständigen das Werk, das allen, denen die Probleme des Richterstandes am Herzen liegen, zur Lektüre bestens empfohlen werden kann.“
 Jensk in: Österreichische Juristen-Zeitung
- 27 *Benakis, Anna*, Täterschaft und Teilnahme nach dem deutschen und griechischen Strafrecht. Vorwort v. Prof. H. Welzel. 1961. 147 S. 16.—
 „Die Entwicklung der Teilnahmelehre in beiden Ländern wird mit sehr eingehender Dokumentation nachgewiesen . . . Auch die zahlreichen Einzelfragen der Teilnahmelehre werden für beide Rechte eingehend behandelt, vor allem die Bestimmungen über die begrenzte Akzessorietät und den Einfluß der persönlichen Verhältnisse.“
 Schultz in: Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
- 28 *Westerburg, Werner*, Die Polizeigewalt des Luftfahrzeugkommandanten. Befugnisse und Pflichten des Luftfahrzeugkommandanten und der Behörden am Landungsort gegenüber Straftaten und Sicherheitsverstößen an Bord von Luftfahrzeugen auf internationalem Flug. 1961. 224 S. 19.50
 „Im Ganzen also eine sehr erfreuliche und gute Arbeit über ein Problem, das mehr Tücken und Fußangeln aufweist, als man zunächst vermuten möchte.“
 Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
- 29 *Cirpka, Ekkehard*, Das System der Strafen und Maßregeln und der Reklassierung in den Niederlanden. 1962. 137 S. 16.—
 Bei grundsätzlich gleichem Ziel: der Abwehr der Kriminalität, geht das niederländische Rechtssystem in wichtigen Punkten mit beachtlichem Erfolg andere Wege als das deutsche. Besondere Bedeutung kommt dabei der „Reklassierung“ zu, dem Bemühen, die soziale Wiederanpassung straffällig gewordener Erwachsener zu bewirken und zu fördern.
- 30 *Lehmann, Barbara*, Die Bestrafung des Versuchs nach deutschem und amerikanischem Recht. 1962. 156 S. 16.—
 Die Arbeit vergleicht innerhalb des gestellten Themas Lösungen aus dem Recht der USA – in denen jeder der 50 Staaten seine volle legislative, exekutive und rechtssprechende Autonomie besitzt – mit Lösungen aus der deutschen Rechtspraxis.

In Vorbereitung:

- Staubach, Fritz*, Zur Anwendung ausländischen Strafrechts durch den inländischen Richter. ca. 20.—
- Bornhövd, Jürgen*, Die Strafbarkeit der „Conspiracy“ im Strafrecht der Vereinigten Staaten von Nordamerika. ca. 24.—

LUDWIG RÖHRSCHEID VERLAG · BONN

